Gouvernement du Canada
Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue lu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Table des matières

Remerciements

Préface

Sommaire

1. Cadre national et international actuel dans le domaine des droits de la personne

2. Procréation assistée

3. Diagnostic génétique préimplantatoire

4. Le droit à la recherche

5. Les questions liées aux droits de la personne en matière d'information génétique et de respect de la vie privée

6. Droits de la personne et brevetage

7. Biotechnologie, droits et savoirs traditionnels

Conclusion

Glossaire

106-03427/

Remerciements

Les auteurs aimeraient remercier les nombreuses personnes citées ci-dessous qui ont collaboré à la rédaction du présent document. Nous aimerions commencer par remercier Glenn Rivard d'avoir lancé le projet, convaincu qu'il était de son utilité pour les départements œuvrant dans le domaine de la biotechnologie, ainsi qu'Elisabeth Eid d'avoir accepté la responsabilité du projet. Nous tenons également à souligner le travail du Secrétariat canadien de la biotechnologie, en particulier de John Olsthoorn, qui nous a soutenu par son enthousiasme et son aide, tant financière que logistique. Sans l'assistance financière du Secrétariat, le projet n'aurait pu voir le jour.

Chacun des chapitres du document a été revu par une autorité dans le monde universitaire canadien. Nous sommes redevables aux personnes suivantes qui ont effectué un examen soigneux du manuscrit et offert de précieux commentaires : Françoise Baylis, John Borrows, Timothy Caulfield, Jocelyn Downie, Richard Gold, Bartha Knoppers et Jennifer Llewellyn.

Le personnel du soutien de la Section des droits de la personne nous a secondé de bien des façons. Nous aimerions en particulier remercier Sue Lévis, qui a révisé tout le document, apposé des notes de bas de page et s'est occupée du formatage, ainsi que Tracey Demeter, Rachel Perreault et Josée Ménard.

Nous avons eu la chance de bénéficier de l'aide d'un comité directeur pour le projet, dont les membres ont passé en revue les chapitres et formulé des commentaires. Nous aimerions remercier Sylvia Batt, Ruth Barr, Geneviève Clavel, Angela Arnet Connidis, Nancy De Clerq, Elisabeth Eid, Suzanne Fortin, Valerie Howe, Raymond MacCallum, Elaine Menard, Glenn Rivard et Rob Sutherland-Brown.

Les auteurs aimeraient témoigner leur reconnaissance aux collègues suivants de la Section des droits de la personne qui ont pris le temps de réviser les divers chapitres et ont fourni de précieux commentaires Elisabeth Eid, Raymond MacCallum, Julia Dryer, Laura Farquharson et Jane Arbour. Tous nos remerciements également aux conseillers juridiques des diverses unités des services juridiques des ministères pour l'examen du manuscrit et leurs commentaires : Anahita Ariya-Far, Andre Dorion, Shela Larmour, Jane Northey et Theresa Siok.

Nous aimerions remercier un dernier collaborateur, et non le moindre, Rodney Ghali, conseiller principal, Santé Canada, qui a vérifié l'exactitude scientifique de trois des chapitres. Pour nous, il sera toujours l'« expert scientifique ».

Préface

La première phase du Projet relatif au cadre sur les droits de la personne en matière de biotechnologie, d'une durée de deux ans, a débuté en juillet 2003, et le document final a été publié en mai 2004. De nombreuses heures de recherche, de réflexion, de consultation, de rédaction et de révision ont été consacrées au projet.

L'objectif de la première phase était d'examiner à fond les applications actuelles (et, dans certains cas, futures) de la biotechnologie pour déterminer si elles soulevaient des questions liées aux droits de la personne. Lorsque tel était le cas, le cadre actuel des droits de la personne a été examiné pour déterminer s'il permettait adéquatement de régler les problèmes ou s'il existait des lacunes.

Le chapitre sur l'information génétique et la vie privée (chapitre 5) résume et complète le travail du Groupe de travail sur l'information génétique et la vie privée, qui a déjà mené de longues recherches et de vastes consultations dans ce domaine. Les auteurs ont examiné d'autres aspects de la biotechnologie, notamment la procréation assistée, le diagnostic génétique préimplantatoire, la recherche scientifique, le brevetage des gènes et des tissus humains, et les savoirs autochtones et les droits de la personne. À cause des contraintes de temps, nous n'avons pu examiner toutes les applications de la biotechnologie. Par exemple, nous n'avons pu vérifier si l'existence d'organismes génétiquement modifiés soulevait des questions touchant les droits de la personne. Cette question est importante et devrait être examinée dans un avenir pas trop lointain.

La seconde phase du projet explorera plus en profondeur les lacunes cernées durant la première phase et proposera diverses mesures politiques et législatives pour combler ces lacunes. En outre, des consultations seront effectuées auprès des ministères et des unités de services juridiques (« USJ ») concernés par ces lacunes afin de discuter des conclusions et des solutions proposées. L'objectif ultime est d'aider le gouvernement à atteindre son objectif d'accroître la confiance et la sensibilisation de la population en montrant que les questions liées aux droits de la personne feront partie intégrante de la gouvernance en biotechnologie.

Sommaire

Le terme « biotechnologie » a été défini dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* de la façon suivante :

> *Application des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation directe ou indirecte des organismes vivants ou de leurs parties ou produits, sous leur forme naturelle ou modifiée*[1].

On a prédit qu'au cours du présent siècle, les progrès en biotechnologie transformeraient davantage la vie des gens et la société que les progrès réalisés en télécommunications et en informatique au siècle dernier. Même avant l'an 2000, la biotechnologie a entraîné des changements dans les aliments produits et consommés par les Canadiens, les combustibles employés comme sources d'énergie, les médicaments utilisés, les traitements médicaux administrés pour lutter contre la maladie et dans le domaine de la reproduction humaine. Au XXI[e] siècle, la biotechnologie est utilisée dans des applications qui n'existaient auparavant que dans la science-fiction, telles que le clonage d'embryons humains.

Comme pour tout progrès technologique, la biotechnologie peut apporter des bienfaits et des inconvénients à la société. On pourrait soutenir, toutefois, que la biotechnologie engendre des préoccupations et des enjeux spéciaux parce qu'elle implique la manipulation et l'altération de substances et de processus biologiques naturels. C'est particulièrement le cas de la procréation assistée (« PA ») et des inventions brevetées qui utilisent ou intègrent du matériel biologique humain, comme les thérapies géniques et cellulaires.

La capacité de féconder un ovule humain avec du sperme à l'extérieur du corps d'une femme (fécondation in vitro) a contribué à enrichir le corpus de connaissances sur l'embryon et son développement. Cette capacité a également créé toutes sortes de possibilités pour la recherche et la reproduction qui n'auraient même pas été envisageables il y a quelques années.

La technologie de la PA permet aujourd'hui à un enfant d'avoir plus de deux « parents ». Un enfant pourrait être issu de deux parents biologiques qui ont donné du sperme et un ovule à des fins de reproduction. Un couple infertile (les parents sociaux) pourraient prendre des dispositions pour que le sperme et l'ovule donnés soient utilisés afin de créer un embryon in vitro destiné à la reproduction. Si la mère sociale était physiquement incapable de porter un enfant, le couple pourrait s'arranger pour que l'embryon in vitro soit transféré dans le corps d'une mère porteuse afin qu'il puisse s'y développer. Une fois l'enfant né, la mère porteuse céderait la garde de l'enfant aux parents sociaux. Dans cet exemple, l'enfant aurait deux parents biologiques, deux parents sociaux et une mère porteuse, ce qui fait en tout cinq parents.

L'application de la biotechnologie soulève des questions éthiques, morales et de nouvelles questions juridiques, qui sont abordées dans les chapitres qui suivent. Les auteurs ont adopté une approche tournée vers l'avenir et ont exploré une multitude de perspectives et de points de vue afin de faire le tour des questions liées aux droits de la personne.

---

[1] *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), ch. 33, par. 3(1).

Chaque chapitre porte sur l'application d'une biotechnologie particulière et sur les questions relatives aux droits de la personne susceptibles d'être mises en jeu. Pour chaque question, les auteurs se sont penchés sur les sources internationales, régionales et nationales de droits humains.

Le chapitre 1 donne un aperçu des instruments internationaux et régionaux pertinents en droits de la personne et explique comment ces instruments sont utilisés par les tribunaux canadiens pour définir les droits de la personne au Canada. Le chapitre 1 comprend également un bref survol des sources de droits humains au Canada. Par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») est analysée et des renvois sont faits aux dispositions les plus pertinentes. En outre, le premier chapitre traite des droits positifs, qui obligent l'État à prendre des mesures particulières pour assister une personne dans l'exercice d'un droit, ainsi que des droits négatifs, qui obligent l'État à éviter de porter atteinte à l'exercice de ce droit. Des notions importantes liées aux droits de la personne sont également abordées dans le chapitre, telles que la dignité humaine et l'égalité.

Les deux chapitres suivants (chapitres 2 et 3) portent sur les applications de la biotechnologie dans le domaine de la PA. Chaque chapitre décrit les connaissances scientifiques, cerne les questions liées aux droits de la personne et énonce les dispositions pertinentes contenues dans les instruments internationaux et régionaux, de même que les dispositions de la *Charte* et de toute autre législation canadienne applicable. Les auteurs examinent également les lois en vigueur dans d'autres pays, et des commentaires de spécialistes sont fournis pour illustrer les différents points de vue sur chaque question. Suivent une analyse et une conclusion, qui font ressortir les lacunes dans le cadre actuel sur les droits de la personne.

Le chapitre 2 examine les questions liées aux droits de la personne que soulèvent les applications de la biotechnologie dans le domaine de la procréation assistée. La capacité de créer des embryons humains in vitro en laboratoire dans une boîte de Pétri a permis à de nombreux individus et couples infertiles de se reproduire. Ce chapitre cherche donc à savoir si l'État est formellement obligé de financer les services de PA et conclut que pour le moment, une telle obligation n'existe pas. Les auteurs étudient dans ce chapitre si les personnes ont un droit négatif d'avoir accès à des services de PA, sans que l'État n'intervienne. La décision par l'État de limiter l'accès aux services en utilisant comme critères l'état matrimonial, l'orientation sexuelle ou l'âge mettrait nettement en jeu les droits de la personne. Dans un tel cas, les droits à l'égalité en vertu de l'art. 15 de la *Charte* seraient mis en cause.

Le chapitre 2 traite également des droits de l'enfant et des donneurs en ce qui concerne la divulgation des renseignements personnels. Les enfants ont-ils le droit d'avoir accès aux renseignements personnels, notamment les données d'identité, sur le donneur de matériel reproductif ayant servi à leur création? Les auteurs passent en revue les droits en vertu d'instruments internationaux, tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la *Charte*. De toute évidence, le droit de l'enfant né grâce à la PA d'avoir accès à des renseignements personnels sur son parent génétique (donneur) et le droit des donneurs de matériel reproductif de faire respecter leur vie privée sont intimement liés et risquent d'entrer en conflit. Il serait ainsi difficile pour les tribunaux de déterminer quels droits ont préséance.

Quel est le statut de l'embryon in vitro, qui existe à l'extérieur du corps d'une femme? L'embryon in vitro a-t-il des droits? Ces questions sont également explorées au chapitre 2. Pour le moment, la common law ne considère pas que l'embryon in vitro ou *in utero* est un être humain jouissant de droits juridiques ou humains. Les auteurs examinent également dans ce chapitre qui aurait le droit de contrôler ce qu'on fait des embryons in vitro conservés advenant une dissension entre les progéniteurs. D'après la jurisprudence américaine, le droit constitutionnel à l'autonomie en matière de reproduction, qui découle du droit à la liberté, renferme deux droits égaux mais opposés, le droit de procréer et le droit de ne pas procréer. En cas de litige quant au sort de l'embryon, les tribunaux américains ont élaboré une formule juridique qui attribue un poids légèrement supérieur au droit de ne **pas** procréer. Il est probable que les tribunaux au Canada concluraient qu'un même droit à l'autonomie en matière de reproduction protégé par la *Charte* est inclus dans le droit à la liberté qui figure à l'article 7, mais il n'est pas sûr que les tribunaux canadiens adopteraient

une approche similaire pour régler une querelle privée quant à ce qu'on doit faire avec les embryons. La *Charte* ne s'appliquerait pas à un litige entre des parties strictement privées. Toutefois, les tribunaux peuvent s'en remettre à la *Charte* et à la common law comme sources de politiques publiques, pour ce qui est de l'autonomie en matière de reproduction, en particulier pour le droit de ne pas procréer, au moment de déterminer la validité de tout accord ou contrat et pour fonder leur décision relativement au sort des embryons.

Le chapitre 3 porte sur le diagnostic génétique préimplantatoire (« DGP ») pratiqué sur l'embryon in vitro. Le DGP permet de déterminer le sexe de l'embryon in vitro et de détecter la présence d'une anomalie chromosomique ou génétique qui peut révéler la présence d'une maladie ou d'un trouble génétiques, telle la chorée de Huntington. Le recours au DGP ne cesse de croître dans le monde et suscite la controverse. Certaines personnes craignent que son usage généralisé annonce le retour du mouvement eugénique du débutdu XX^{e} siècle, alors que d'autres redoutent que son usage à des fins de sélection du sexe de l'embryon puisse perturber le ratio naturel des naissances des deux sexes dans la société.

Les parents jouissent-ils du droit humain d'avoir accès, sans que l'État n'intervienne, à l'information concernant le statut génétique de leurs embryons in vitro, en particulier lorsqu'une maladie génétique grave risque d'être transmise. Au Canada, les femmes ont, en vertu de la Constitution, le droit de prendre des décisions, durant les premiers stades de leur grossesse sans ingérence de l'État, et sont libres d'avoir recours à diverses interventions médicales, telles que l'amniocentèse, pour découvrir l'état génétique d'un embryon *in utero*.

Les droits de la mère sont-ils différents lorsqu'il s'agit d'un embryon in vitro et non *in utero*? Si l'on présume que le droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* protège le droit à l'autonomie en matière de reproduction, quelle est la portée de ce droit au Canada? On découvrirait probablement que le droit à la liberté protège le droit de la femme de prendre des décisions dans le domaine de la procréation assistée qui revêtent une importance personnelle fondamentale, sans que l'État n'intervienne. La décision d'avoir recours au DGP pour sélectionner et transférer dans le corps d'une femme seulement les embryons in vitro qui sont exempts d'une maladie ou d'un trouble génétique particulier pourrait sans doute être considérée comme une décision de cette importance. Les tribunaux concluraient probablement que toute mesure de l'État visant à interdire l'accès au DGP ferait à tout le moins intervenir les droits évoqués à l'article 7 de la *Charte*.

Le droit humain à l'autonomie en matière de reproduction serait-il assez large pour permettre à des futurs parents d'avoir accès au DGP pour sélectionner et transférer des embryons in vitro en fonction d'autres critères, comme le sexe de l'embryon et la présence ou l'absence de gènes révélateurs d'une incapacité? Par exemple, si les deux parents sont sourds, ils peuvent vouloir avoir un enfant sourd. Ont-ils le droit d'utiliser le DGP pour choisir uniquement les embryons in vitro qui possèdent le gène de la surdité? Les tribunaux peuvent se demander si ces renseignements sont essentiels ou importants pour aider à prendre une décision en matière de reproduction, et si l'accès à ces renseignements mérite d'être protégé par la Constitution. Actuellement, les femmes ont accès librement à ces renseignements une fois qu'elles sont enceintes et peuvent subir un avortement en se basant sur ces renseignements. Dans le cas du DGP, cependant, l'embryon existe à l'extérieur du corps de la femme. L'existence in vitro de l'embryon influe-t-elle sur le droit de la femme à l'autonomie en matière de reproduction? On peut également se demander si la femme a le droit d'accès à tous les renseignements sur l'embryon in vitro, y compris le sexe et d'autres caractéristiques, avant de donner un consentement libre et éclairé au transfert de l'embryon dans son corps.

Le chapitre 3 cherche à savoir si un embryon in vitro a le droit humain de naître sain de corps et d'esprit. D'après la jurisprudence dans certains États américains, les enfants ont le droit légal de naître sains de corps et d'esprit, et l'on a autorisé les actions en responsabilité civile délictuelle intentées par l'enfant et fondées sur une « vie préjudiciable » (« wrongful life »). De plus, certains États permettent aux enfants d'entamer des poursuites pour préjudices subis avant la conception, c.-à-d. pour des actes négligents commis avant la conception qui ont entraîné un préjudice. Est-il possible que les tribunaux

puissent à un certain moment donné décider que l'embryon in vitro, qui existe à l'extérieur du corps d'une femme, a des droits humains? On peut soutenir que son existence à l'extérieur du corps d'une femme implique qu'il n'y a aucun conflit avec les droits à la liberté et à la sécurité de la femme. Toutefois, l'embryon in vitro doit être transféré dans le corps d'une femme, à tout le moins dans un avenir prévisible, pour réaliser son potentiel de vie humaine et pour se développer jusqu'à ce qu'il soit viable. Les tribunaux canadiens n'ont pas été invités à statuer sur l'existence d'un tel droit en vertu de la *Charte* et il est impossible de prédire l'issue d'un tel débat. La situation actuelle peut trahir une lacune sur le plan de la protection des droits de la personne.

Il importe de noter que même si l'intervention de l'État peut mettre en jeu certains droits en vertu de l'article 7 de la *Charte*, le fardeau d'établir que le non-respect du droit par l'État contrevient aux principes de justice fondamentale incombe au demandeur. Si l'on déterminait que les principes de justice fondamentale n'ont pas été ainsi respectés, il est peu probable qu'on demanderait à l'État de justifier ce non-respect, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, vu que le droit aurait déjà été violé et que les tribunaux considèrent peu probable que l'État soit en mesure de fournir une justification adéquate. Pour ce qui est des autres droits prévus dans la *Charte*, l'État aurait la possibilité de faire valoir que cette violation représente une limitation justifiée dans une société libre et démocratique en vertu de l'article 1. Si l'État réussit à le prouver, la violation serait jugée constitutionnellement valide.

Le chapitre 4 est consacré à la recherche. Les chercheurs scientifiques ont-ils le droit de s'adonner à des recherches ou à des enquêtes scientifiques? Le droit à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression énoncé à l'alinéa 2*b*) de la *Charte* protège-t-il le droit d'un chercheur de faire des expériences? Le chapitre 4 explore cette question dans le contexte de la recherche sur les cellules souches dérivées d'embryons clonés in vitro à des fins thérapeutiques. On pense que ces recherches permettront de mettre au point des traitements et des moyens de guérir de nombreuses maladies humaines dégénératives, comme la maladie d'Alzheimer, les lésions de la moelle épinière et le diabète juvénile. En outre, il se peut qu'un jour, ces cellules souches soient utilisées pour produire des tissus et des organes de remplacement qui ne seront pas rejetés par l'organisme du receveur.

En ce qui concerne les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, des dispositions en faveur du droit d'effectuer des recherches scientifiques sont généralement contrebalancées par des dispositions permettant à l'État de limiter ce droit dans l'intérêt de la santé, de la sécurité, de l'ordre public et de la moralité publique. Il est probable que les tribunaux considéreraient qu'une mesure prise par l'État pour restreindre la recherche scientifique interpelle le droit d'un chercheur à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression prévu à l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. L'État aurait la possibilité de justifier toute limitation ou restriction des droits du chercheur en vertu de l'article 1 de la *Charte* et, s'il réussit, la limitation serait considérée comme constitutionnellement valide.

Les progrès réalisés en biotechnologie ont contribué à approfondir considérablement notre connaissance de l'embryon humain et de son développement. Le dernier point abordé au chapitre 4 porte sur la question de savoir si la méthode ou l'objet de la création a une incidence quelconque sur le statut moral de l'embryon in vitro. Pour la plupart des gens, l'emploi d'un embryon in vitro dans des recherches qui aboutiront à sa destruction soulève des préoccupations morales et éthiques. Si les embryons in vitro sont créés à des fins de recherche et qu'ils n'ont que peu ou pas de possibilité de devenir une vie humaine, les problèmes moraux et éthiques s'en trouvent-ils atténués? Cinq sources d'embryons in vitro sont passées en revue afin de déterminer si des différences dans la viabilité potentielle et l'objet de la création influent sur le statut moral de l'embryon.

Les questions des droits de la personne liées aux renseignements génétiques et à la vie privée sont abordées au chapitre 5. Les renseignements génétiques revêtent une importance accrue depuis la cartographie du génome humain. Des scientifiques découvrent les gènes responsables de nombreuses maladies et troubles génétiques. Les renseignements génétiques sur une personne constituent des renseignements personnels et peuvent être obtenus en recueillant les antécédents familiaux ou en effectuant des tests génétiques. Le chapitre porte particulièrement sur

deux questions liées aux renseignements génétiques : la discrimination et la protection de la vie privée.

Le chapitre 5 traite de la discrimination dans le cadre de l'emploi et de l'assurance. Les auteurs concluent que bien que rien dans les lois n'interdise la discrimination fondée sur une prédisposition génétique à une maladie, la jurisprudence récente indique que cette question entrerait dans la rubrique de l'incapacité. Le *Rapport LaForest* recommandait qu'on modifie la définition d'incapacité dans la législation fédérale sur les droits de la personne pour inclure la prédisposition génétique à des maladies.

Le respect de la vie privée englobe les droits à la liberté et à l'intégrité des individus. Il est étroitement lié à la confidentialité. Dans le chapitre 5, les auteurs examinent la protection de la vie privée en se demandant s'il existe un droit de savoir ou de ne pas savoir dans le cas des renseignements génétiques. La *Charte* constitue une source importante en ce qui concerne la protection de la vie privée au Canada, tout comme la législation fédérale et provinciale en la matière et la common law.

Bien que la *Charte* ne consacre pas de droit spécifique à la vie privée, les articles 7 et 8 englobent le droit à la vie privée. Comme tout droit protégé par la *Charte*, il n'est pas absolu. Dans le cas des articles 7 et 8, les tribunaux essaient de concilier dans une certaine mesure les droits concurrents en jeu. En outre, l'État peut limiter un droit tant et aussi longtemps que la limitation peut être justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*. Les auteurs concluent le chapitre en disant qu'il ne semble pas y avoir au Canada de droit légal d'avoir accès aux renseignements génétiques sur un proche parent ou d'être informé du risque de développer une maladie génétique d'après les résultats de tests subis par un proche parent. Au Canada, les renseignements génétiques personnels seraient protégés par le droit constitutionnel et le droit relatif à la protection de la vie privée, et les divulgations non autorisées sont passibles de poursuites.

Le chapitre 6 porte sur les brevets et les droits de la personne. Il débute par un bref historique des brevets et une explication des connaissances scientifiques liées aux brevets dans le domaine de la biotechnologie. Les auteurs examinent si les individus ont des droits de propriété sur leur corps, y compris des tissus de leur corps qui ont été excisés. Ils passent en revue la common law, notamment l'affaire clé aux États-Unis, *Moore c. The Regents of the University of California*, de même que les dispositions législatives qui accordent des droits de propriété limités sur le corps humain, et le principe de la dignité humaine. L'incapacité de réaliser des profits sur la vente du matériel humain excisé ou les brevets sur les inventions composées d'un tel matériel bafoue-t-elle ou respecte-t-elle le principe de la dignité humaine? La Loi en vigueur dans d'autres pays sélectionnés ainsi que de récentes jurisprudences sont examinées relativement à la brevetabilité de certains matériels biologiques. Des décisions récentes de la Cour suprême du Canada concernant la brevetabilité, la portée et la contrefaçon sont aussi passées en revue.

Ce chapitre explore, à l'aide de scénarios hypothétiques, la mesure dans laquelle le brevetage des processus d'extraction et du matériel biologique humain, par exemple un gène humain modifié par génie génétique, soulève des questions liées aux droits de la personne. À la lumière de ces exemples hypothétiques, on peut conclure que bien que le brevetage des processus d'extraction et/ou du matériel humain extrait puisse faire intervenir des normes et des valeurs relatives aux droits de la personne, plus particulièrement en ce qui concerne la liberté et la sécurité de la personne, il n'est pas toujours possible de déterminer avec certitude si le brevetage met en cause des droits de la personne en vertu de la *Charte*.

Dans ces scénarios hypothétiques où le gouvernement n'intervient pas, il est possible de conclure que la *Charte* ne s'appliquera pas. C'est le cas notamment lorsqu'un droit n'est pas respecté par suite des mesures prises par un titulaire de brevet qui est une personne privée. Toutefois, dans d'autres situations où le titulaire de brevet est un ministère ou un organisme gouvernemental ou encore où les tribunaux émettent une injonction au nom du titulaire du brevet, en vertu de la *Loi sur les brevets*, la réponse est moins claire.

Le chapitre 6 porte également sur la question de savoir si le brevetage d'un embryon in vitro à une seule cellule ou pronucléaire suscite des préoccupations ou comporte des aspects liés aux droits de la personne. Il existe certains

instruments régionaux, tels que la Directive du Parlement européen, qui interdisent le brevetage d'embryons in vitro utilisés à des fins industrielles ou commerciales, et certains pays étrangers considèrent l'embryon comme un être humain dès le moment de la conception. Dans certains de ces pays, l'embryon humain a des droits reconnus par la loi. Dans l'État de la Louisiane, par exemple, le *Code civil* protège l'embryon in vitro et considère celui-ci comme une personne morale ayant la capacité d'ester en justice.

Tant l'opinion majoritaire que l'opinion dissidente dans la décision de la Cour suprême relativement à l'affaire de la *Souris de Harvard* mentionnait en passant qu'un ovule de souris fécondé[2] serait brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets*. La reconnaissance de la brevetabilité de l'embryon in vitro humain pronucléaire aux termes de la Loi soulèverait des questions morales et éthiques pour bien des gens. D'un autre côté, si la brevetabilité de l'embryon in vitro humain pronucléaire n'était pas reconnue aux termes de la Loi sous prétexte qu'il s'agit d'une forme de vie supérieure, les conséquences pourraient être énormes pour l'autonomie de la femme en matière de reproduction et pour la recherche à l'aide de tels embryons. L'incapacité d'empêcher que certaines choses soient brevetables en vertu de la *Loi sur les brevets* peut représenter une lacune sur le plan de la protection offerte par la loi.

Le chapitre 7 traite du savoir traditionnel autochtone et des droits de la personne. Il se divise en deux parties. La première partie tente de formuler un droit possible pour les Autochtones d'utiliser et de contrôler leur savoir traditionnel après avoir examiné les déclarations de plusieurs groupes autochtones. La deuxième partie du chapitre est consacrée à l'existence d'un tel droit à l'échelle internationale et nationale.

L'introduction du chapitre décrit le savoir traditionnel, de même que ses liens avec les « droits ». Chez les Autochtones, le savoir traditionnel est intimement lié à la terre, à la culture et à la langue. Le savoir traditionnel est quelque chose que possède la communauté autochtone; c'est un actif communautaire qui doit être partagé et utilisé au profit des membres de la communauté; ce n'est pas une « propriété privée » que détient et contrôle un individu. Cette vision des « ressources naturelles » et du « savoir » est contraire à la vision véhiculée par les régimes juridiques à l'échelle internationale et au Canada, qui tendent à promouvoir l'innovation dans la recherche en biotechnologie en récompensant les créateurs et les inventeurs à l'aide, par exemple, d'un système de brevets. Dans le passé, les peuples autochtones ont accepté de partager leur connaissance spéciale du monde naturel, mais ce savoir a été exploité pour en enrichir d'autres. Ces connaissances ont souvent été utilisées sans le consentement des communautés autochtones, par des chercheurs qui s'adonnent à la prospection biologique ou à ce qu'on appelle le « biopiratage », pour accéder à des ressources génétiques ou biologiques précieuses.

Les auteurs se demandent s'il existe un droit au savoir traditionnel à l'échelle internationale. Même si aucun instrument international ne confère aux Autochtones le droit de contrôler leur savoir traditionnel, on aborde de plus en plus la question des « droits » entourant le savoir traditionnel dans les décisions des organismes internationaux, telles que la *Conférence des Parties* créée conformément à la *Convention sur la diversité biologique*. Le cours des événements dans le monde aide des États à orienter les décisions concernant la façon d'utiliser le savoir traditionnel de manière à respecter les préoccupations et intérêts des Autochtones.

Il est également question dans le chapitre de l'existence possible d'un fondement juridique au Canada pour affirmer que les Autochtones ont le droit de posséder et de contrôler leur savoir traditionnel. Le savoir traditionnel n'a pas encore fait expressément l'objet de litiges concernant les « droits autochtones ». Il a cependant des liens avec les revendications territoriales et les négociations entourant l'autonomie politique et cette question a été abordée dans les ententes bilatérales entre les communautés autochtones et des entreprises de mise en valeur des ressources ou des chercheurs. Comme cette question n'a pas donné lieu à des litiges, les commentaires concernant les liens entre le savoir traditionnel et la jurisprudence sur les droits autochtones relèvent de la pure conjecture. Il est donc impossible de tirer des conclusions générales

[2] La pratique du Bureau des brevets au Canada consiste à ne breveter que des organismes unicellulaires et l'on présume donc que le commentaire de la Cour en ce qui concerne la brevetabilité d'un ovule de souris féconde concernait un embryon de souris à une seule cellule

concernant l'existence ou la non-existence de droits au savoir traditionnel dans le droit canadien. Bien qu'il n'existe aucune jurisprudence au Canada confirmant le droit des Autochtones à disposer de leur savoir traditionnel, l'approche adoptée jusqu'à présent dans la jurisprudence pourrait aider à orienter les efforts en vue de répondre aux préoccupations des Autochtones en ce qui a trait à l'utilisation du savoir traditionnel.

Le chapitre 7 se termine par un bref aperçu de certaines options qui pourraient permettre de respecter, de préserver et de maintenir le savoir traditionnel, telles que les lois sur la propriété intellectuelle ou les lois et politiques *sui generis*. La prise en considération du savoir traditionnel sous l'angle des « droits » soulève la question de l'équilibre. Il faut concilier les droits de la communauté autochtone et les droits de l'ensemble de la société d'avoir accès à des connaissances qui peuvent apporter des avantages sociaux importants. Enfin, comme le montre l'expérience nationale et internationale, un des éléments clés dans tout effort en vue de trouver des moyens de répondre aux préoccupations des Autochtones quant à l'usage abusif du savoir traditionnel serait de leur permettre de jouer un rôle central dans l'élaboration de lois et de politiques relatives aux questions comme le savoir traditionnel dans la recherche en biotechnologie.

Gouvernement du Canada | Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 1

Cadre national et international actuel dans le domaine des droits de la personne

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue lu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Chapitre 1

Table des matières

1.1 Introduction 1–1

1.2 Droit relatif aux droits de la personne au Canada 1–1

1.3 Droit international des droits de la personne 1–3

1.4 Relations entre le droit canadien et le droit international en matière de droits de la personne 1–4

1.5 Droits de la personne et notions pertinentes 1–5

1.6 Conclusion 1–8

Chapitre 1

Cadre national et international actuel dans le domaine des droits de la personne

Elisabeth Eid et Katherine van Heugten

1.1 Introduction

L'objectif du présent document est de cerner et d'analyser les questions relatives aux droits de la personne qui sont associées à la biotechnologie dans le cadre actuel sur les droits de la personne et de déterminer les domaines où ce cadre ne répond pas adéquatement aux besoins soulevés par ces questions. Il est donc essentiel d'avoir une compréhension générale du droit national et international relatif aux droits de la personne et des notions existantes et en développement connexes. Le chapitre qui suit donne un aperçu des principaux instruments et notions relatifs aux droits de la personne qui seront examinés tout au long du document.

1.2 Droit relatif aux droits de la personne au Canada

Au Canada, les principales sources nationales de droit en matière de droits de la personne sont la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »)[1], la *Déclaration canadienne des droits* (« *DCD* »)[2] et la législation relative aux droits de la personne[3].

Charte canadienne des droits et libertés

Lorsqu'on veut cerner et analyser les questions relatives aux droits de la personne associés à la biotechnologie, la *Charte* constitue la principale source de droits au Canada en matière de droits de la personne. On y expose les droits et libertés fondamentaux qui sont garantis par la Constitution aux personnes vivant au Canada. Pour ce qui est des applications de la biotechnologie examinées dans le document, voici les droits et libertés les plus pertinents : le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale[4]; le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives[5]; et les droits à l'égalité[6].

La *Charte* ne s'applique pas à tous les types d'activités. Conformément au paragraphe 32(1), la *Charte* s'applique seulement au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant de l'autorité fédérale, de même qu'aux gouvernements et aux législatures des provinces et des territoires pour tous les domaines relevant de leur compétence. La *Charte* ne s'applique pas à une action purement privée.

En outre, les droits et libertés énoncés dans la *Charte* ne sont pas absolus. Ils sont plutôt garantis par l'article 1, « ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »[7]. Les tribunaux ont élaboré un critère justificatif en vertu de l'article 1 de la *Charte* qui comporte plusieurs éléments : le gouvernement doit démontrer que l'objectif de la loi ou de la mesure gouvernementale en question est urgent et réel, que la restriction a un lien

---

1 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.

2 L.C. 1960, ch. 44.

3 Voir, par exemple, à l'échelle fédérale la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6. Les provinces et les territoires ont une législation comparable en matière de droits de la personne.

4 *Supra*, note 1, art. 7.

5 *Ibid.*, art. 8.

6 *Ibid.*, par. 15(1).

7 *Ibid.*, art. 1.

rationnel avec l'objectif, qu'elle porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question et que l'effet préjudiciable est proportionnel à l'objectif[8].

Une des questions clés entourant les droits énoncés dans la *Charte* est la mesure dans laquelle celle-ci impose des obligations positives au gouvernement. Cette question est particulièrement pertinente dans le débat sur le « droit à la santé ». L'existence d'un droit positif, qui pourrait se traduire en obligation positive pour l'État, suppose l'obligation d'appuyer le droit revendiqué en adoptant des mesures positives. En termes généraux, un droit négatif implique simplement que le gouvernement ne doit pas entraver l'exercice de ce droit[9].

Il convient toutefois de noter que cette distinction positif *versus* négatif n'est pas clairement délimitée et disparaît souvent en cours d'analyse. Certaines obligations traditionnellement négatives peuvent imposer au gouvernement de débourser des fonds. Par exemple, le gouvernement dépense beaucoup d'argent pour faire respecter le droit à un procès équitable, qui est considérée traditionnellement comme un droit négatif.

L'hésitation ou la volonté des tribunaux d'imposer des obligations positives au gouvernement peuvent varier. Par exemple, dans *Dunmore c. Ontario*[10], la Cour suprême du Canada (« CSC ») a imposé une obligation positive au gouvernement de l'Ontario de protéger les droits à la liberté d'association d'un groupe de travailleurs agricoles en vertu de l'alinéa 2*d*) de la *Charte*. Dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J).*[11], la CSC a conclu que le gouvernement avait une obligation en vertu de l'article 7 de la *Charte* de financer le service d'aide juridique dans certaines circonstances dans les procédures en matière de garde d'enfant. Dans le contexte des soins de santé, une obligation positive a été imposée directement ou indirectement au gouvernement en vertu de l'article 15 de la *Charte* dans les affaires *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*[12] et *Auton (Guardian ad litem of) c. British Columbia (Minister of Health)*[13], qui sont discutées plus en détail dans le chapitre suivant.

La CSC a conclu par contre dans Gosselin c. Québec[14] que l'article 7 de la *Charte* n'impose pas d'obligation positive à l'État de fournir un niveau de vie décent aux personnes. La majorité des juges de la Cour ont examiné la jurisprudence pertinente et constaté qu'il ne ressortait pas que l'article 7 imposait des obligations positives à l'État. L'article 7 a plutôt été interprété comme un article qui restreignait la capacité de l'État de porter atteinte au droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne.

Cette dynamique entre les droits positifs et les droits négatifs sous-tend le débat entourant le juste équilibre entre les tribunaux et les instances gouvernementales élues. La question centrale est la suivante : dans quelle mesure les tribunaux devraient-ils interpréter la *Charte* comme imposant des obligations positives au gouvernement qui restreindraient de fait les choix de ce dernier en matière de politique publique ou l'obligeraient à allouer des fonds?

Déclaration canadienne des droits (« DCD »)

La *DCD* est une loi fédérale « quasi-constitutionnelle » qui ne s'applique qu'à la législation fédérale. Si une loi fédérale ne peut être interprétée ou appliquée conformément à la *DCD*, la *DCD* aura préséance, à moins que la loi fédérale ne prévoit expressément le contraire[15]. Les droits et libertés énoncés dans la *DCD* sont similaires à ceux présentés dans la *Charte*, qui, à toutes fins pratiques, a grandement remplacé la *DCD*. Les différences les plus notables concernent les droits de propriété qui sont protégés dans la *DCD*[16], mais qui sont expressément privés de protection dans la *Charte*, ainsi que le droit à une audition impartiale à l'al. 2*e*) de la *DCD*.

---

7 *Ibid.*, art. 1.

8 Ce critère a au départ été établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 et a été raffiné dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. La troisième partie du critère a été reformulée dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

9 T. Friesen, "The Right to Health Care" (2001) 9 Health L. J. 205.

10 [2001] 3 R.C.S. 1016.

11 [1999] 3 R.C.S. 46.

12 [1997] 3 R.C.S. 624.

13 [2002] B.C.J. nº 2258 (C.A.C.-B.) autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accordée [2002] S.C.C.A. no 510.

14 [2002] J.C.S. nº 85.

15 *R. c. Drybones*, [1970] 2 R.C.S. 574, p. 579; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, p. 584; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 238.

16 *Supra*, note 2, al. 1*a*).

Législation sur les droits de la personne

Il existe des lois régissant les droits de la personne à l'échelle fédérale et provinciale. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*[17] est très similaire à la législation provinciale en matière de droits de la personne, qui interdit toute pratique discriminatoire fondée sur un certain nombre de motifs de distinction illicites, dont la déficience ou le handicap[18]. L'application de la législation en matière de droits de la personne diffère de celle de la *Charte*, car, de façon générale, la première s'applique à la fois aux interventions du gouvernement et du secteur privé, mais dans des contextes particuliers, comme la discrimination dans le cadre de l'emploi, du logement ou des services. Les protections conférées par ces lois seront abordées en particulier au chapitre 5 – Information génétique et vie privée dans le contexte de la discrimination fondée sur une caractéristique génétique.

1.3 Droit international des droits de la personne

Il existe quatre sources de droit international : 1) les conventions ou traités; 2) le droit international coutumier; 3) les principes généraux de droit; et 4) les décisions judiciaires et la doctrine[19]. Parmi ces quatre, on reconnaît en général que les deux principales sources de droit international sont les conventions ou traités et le droit international coutumier. Les conventions et traités sont des ententes ayant une force exécutoire qui définissent des obligations particulières imposées aux États qui sont parties à ces ententes, alors que le droit international coutumier lie universellement les États et découle de la conduite générale des États, qui croient que les lois les obligent à agir de la sorte (« *opinio juris* »)[20].

Une deuxième source de droit international réside dans un ensemble de droits appelé « normes douces » ou « soft law ». Le terme « soft law » est utilisé pour désigner des instruments comme les ébauches de traité, les déclarations et les résolutions. Ces instruments, qui ne sont pas des sources officielles de droit ayant légalement une force contraignante, sont considérés comme des preuves de l'existence d'une pratique étatique, qui peut se traduire avec le temps en normes internationales nouvelles[21]. Dans la plupart des cas, la question abordée dans ces instruments n'est pas développée à fond ou ne fait pas l'objet d'un consensus, ne permettant pas ainsi l'établissement d'un traité[22]. Cet ensemble de principes ou d'instruments aide grandement à identifier et à analyser les questions en matière de droits de la personne associées à la biotechnologie, vu que la biotechnologie est un sujet relativement nouveau sur la scène internationale.

Une des mesures qui a le plus contribué à amener le droit en matière de droits de la personne à l'avant-plan du droit international a été l'inclusion après la Seconde Guerre mondiale de la protection des droits de la personne dans le mandat des Nations Unies, à la suite de l'adoption de la Déclaration internationale des droits de l'homme.

Les trois documents qui suivent forment ensemble la Déclaration internationale des droits de l'homme : 1) *Déclaration universelle des droits de l'homme*[23] [ci-après *DUDH*]; 2) *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[24] [ci-après appelé *PIRDCP*] et 3) *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[25] [ci-après appelé *PIDESC*].

Bien que la *DUDH* soit une déclaration, et qu'elle n'ait donc pas techniquement de force exécutoire, on reconnaît généralement que bon nombre des dispositions qui y sont contenues ont obtenu le statut de droit international coutumier. La plupart des droits énoncés dans la *DUDH* ont par la suite été codifiés dans le *PIRDCP* et le *PIDESC*. Le *PIRDCP* contient les dispositions touchant le droit à la vie, à la protection de la vie privée, à la liberté de religion, d'expression, à un procès équitable et le droit de participer à la vie politique. Ces droits sont souvent considérés comme des droits de première génération, qui protègent les individus contre l'ingérence de l'État.

---

17 *Supra*, note 3.
18 *Supra*, note 3.
19 Article 38, *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945); J.H. Currie, *Public International Law* (Toronto: Irwin Law Inc., 2001), p. 80.
20 Currie, *ibid.*, p. 84.
21 *Ibid.*, p. 99.
22 A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 44.
23 AG Res. 217 A (III) Doc. Off. AG NU, 3e Sess., Suppl. n° 13, Doc. NU A/810 (1948).
24 16 décembre 1966, 999 R.T.N.-U. 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976).
25 16 décembre 1966, 993 R.T.N.-U. 3 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

Le *PIDESC* renferme des dispositions concernant le travail, les syndicats, la sécurité sociale, le niveau de vie, la santé, la famille et l'éducation, etc. Conformément au Pacte, ces droits peuvent être progressivement mis en application en fonction des ressources disponibles. Bon nombre des droits énoncés dans le *PIDESC* sont considérés comme des droits de deuxième génération, qui imposent des obligations positives aux États. Certains peuvent cependant être qualifiés de droits de première génération.

Le Canada a signé le *PIRDCP* et le *PIDESC* de même que les principaux autres traités relatifs aux droits de l'homme, notamment la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. Des organismes, habituellement appelés « comités », ont été créés en vertu de divers traités relatifs aux droits de la personne et ont été chargés de surveiller le respect par les États des obligations prévues dans les traités. L'exemple probablement le mieux connu est le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, chargé de surveiller l'application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Citons également le Comité des droits de l'enfant et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

Le principal rôle de ces organismes consiste à examiner l'application du traité par les États parties en passant en revue les rapports nationaux périodiques et, dans le cas de certains traités, en formulant des avis à la suite de plaintes individuelles. Ces organismes peuvent également produire des « observations générales » qui servent à interpréter les dispositions du traité et à clarifier les obligations des États prévues dans le traité. Les avis des comités et leurs « observations générales » n'ont pas d'effet contraignant mais peuvent avoir une très grande force de persuasion.

Le Canada est également membre de l'Organisation des États américains et, en vertu de son appartenance à cette organisation, est soumis à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. Les individus peuvent soumettre des plaintes à la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour des prétendues violations par le Canada de la Déclaration. Les décisions rendues par la Commission concernant ces plaintes n'ont pas de force exécutoire au Canada mais ont beaucoup de force de persuasion. Les décisions de la Commission touchant des dispositions de la Déclaration constituent une importante source pour l'interprétation des dispositions de cet instrument.

Le Canada n'est pas membre du Conseil de l'Europe, mais a le statut d'observateur au sein de cette organisation. Il n'est pas non plus partie aux traités sur les droits humains adoptés par le Conseil de l'Europe; le Canada n'est donc pas lié par ces traités. Ces instruments et la façon dont ils ont été interprétés peuvent cependant contribuer à orienter les interprétations de la *Charte canadienne des droits et libertés* de même que la législation nationale.

1.4 Relations entre le droit canadien et le droit international en matière de droits de la personne

Au Canada, les traités ne possèdent pas de force obligatoire directe dans l'ordre interne. Afin d'avoir une force légale directe à l'échelle nationale, les obligations prévues dans les traités doivent plutôt être intégrées dans des lois adoptées par le Parlement fédéral ou les assemblées législatives provinciales, selon l'instance compétente dont relève l'obligation découlant du traité[26]. Les traités relatifs aux droits de la personne sont généralement ratifiés en fonction des lois et des politiques canadiennes en vigueur plutôt que d'être incorporés par renvoi dans une loi.

Si les traités en matière de droits de la personne non incorporés dans le droit interne ne peuvent être invoqués dans un recours devant les tribunaux canadiens, ils peuvent néanmoins être une importante source pour l'interprétation des lois constitutionnelles et ordinaires. Par exemple, en ce qui concerne les droits prévus dans la *Charte*, la CSC a déclaré que les obligations internationales pouvaient guider l'interprétation de ces droits[27].

De plus, la CSC a statué dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*[28] que les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la

---

[26] Currie, *supra*, note 19, p. 205.

[27] *Dunmore*, *supra*, note 10; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2001] 1 R.C.S. 703; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

[28] [1999] 2 R.C.S. 817.

personne peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et dans le contrôle judiciaire des mesures administratives.

Étant donné le rôle important que peuvent jouer les traités relatifs aux droits de la personne dans l'interprétation des droits et libertés prévus dans la *Charte* de même que des lois ordinaires, ces traités seront pris en compte dans l'étude des questions relatives aux droits de la personne soulevées par la biotechnologie.

1.5 Droits de la personne et notions pertinentes

Dignité humaine

Il n'existe pas de droit à la dignité humaine; la dignité humaine est plutôt considérée comme une notion en droits de la personne. La notion de dignité humaine joue un rôle central sur le plan juridique, moral et éthique dans le droit moderne des droits de la personne. Cette notion apparaît dans les préambules des trois instruments formant la *Déclaration internationale des droits de l'homme*. Le préambule de la *DUDH* fait référence à la « dignité et valeur de la personne humaine »[29], alors que dans les préambules du *PIRDCP* et du *PIDESC*, on indique que les droits humains « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine »[30].

Traditionnellement, la dignité humaine était considérée comme le fondement sur lequel reposaient tous les autres droits de la personne et non comme un droit en soi[31]. Toutefois, à l'échelle internationale ces dernières années, les violations de la dignité humaine ont été invoquées de plus en plus comme fondement juridique et moral propre[32]. Cela ressort clairement dans les instruments récents concernant la biomédecine. Par exemple, dans la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* de l'UNESCO[33], la dignité humaine est mentionnée dans plusieurs articles de la Déclaration et joue un rôle central dans la définition et la réglementation du génome humain.

La dignité humaine constitue également une partie importante de la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* du Conseil de l'Europe[34]. Dans le rapport explicatif accompagnant la Convention, on déclare que la notion de dignité de l'être humain est la « valeur essentielle à maintenir »[35] et que toutes les dispositions de la Convention doivent être interprétées en gardant à l'esprit que l'objectif est de protéger les droits et la dignité de l'être humain[36]. En outre, le Rapport explicatif souligne que le respect de la dignité humaine est au cœur des dispositions touchant la recherche scientifique[37], le consentement à une recherche[38] et des dispositions relatives à l'inviolabilité du corps humain[39].

Le terme « dignité humaine » n'apparaît pas dans la *Charte*. La dignité humaine représente cependant une valeur fondamentale qui sous-tend et inspire les normes en matière de droits de la personne que l'on retrouve dans la *Charte*, en particulier les droits énoncés aux articles 2, 7, 8 et 15[40]. En fait, la dignité humaine joue un rôle central dans l'analyse de l'égalité effectuée par la CSC. Cette dernière a approfondi sa conception de la dignité humaine, en particulier dans le contexte de l'égalité, dans l'affaire *Law c. Canada*[41] :

> En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. [...][L]a garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie

---

[29] *DUDH*, *supra*, note 23.
[30] *PIRDCP*, *supra*, note 24; PIDESC, *supra*, note 25.
[31] Law Reform Commission of Canada, *Human Dignity and Genetic Heritage* (rapport d'étude) (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1991), p. 24.
[32] D. Bell, "Human Cloning and International Human Rights Law" (1999) 21 Sydney Law Review 202.
[33] *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 1997*, A/Res/53/152, 53e sess. (1998).
[34] *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 4 avril 1997, S.P.E. nº 164 (entrée en vigueur le 1er décembre 1999).
[35] Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif à la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* (DIR/JUR (97) 1) (Strasbourg : Direction des affaires juridiques, janvier 1997), par. 9.
[36] *Ibid.*, par. 22.
[37] *Supra*, note 35, article 15.
[38] *Ibid.*, article 17.
[39] *Ibid.*, article 21.
[40] *Supra*, note 28, p. 33.
[41] [1999] 1 R.C.S. 497.

personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne[42].

Vie privée

Dans sa forme la plus ancienne, le droit à la vie privée a été décrit comme « le droit d'être laissé en paix »[43]. Les pierres angulaires de la notion moderne de vie privée sont la dignité et l'autonomie individuelles[44].

Le droit à la vie privée est mentionné dans un certain nombre d'instruments internationaux en matière de droits humains. La *DUDH* et le *PIRDCP* renferment des dispositions similaires protégeant l'individu contre les immixtions arbitraires dans sa « vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance » et contre les « atteintes à son honneur et à sa réputation »[45]. On retrouve également dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* une disposition qui accorde les mêmes droits aux enfants[46].

La *Charte* ne contient aucune disposition spécifique garantissant explicitement un « droit à la vie privée ». La CSC a cependant interprété la *Charte* comme incluant des protections de la vie privée. En ce qui concerne l'article 8 de la *Charte*, la CSC a donné une interprétation assez large au droit à la protection contre les fouilles ou les saisies abusives « de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée »[47]. De plus, la CSC a indiqué que la vie privée est « fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne » et est « essentielle à son bien-être »[48].

Quant à l'article 7 de la *Charte* (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne), la CSC a jugé qu'il incluait un droit résiduel à la vie privée. La Cour n'a toutefois pas pris de décision précise sur la question de savoir si le droit à la vie privée découle de l'aspect liberté ou sécurité de sa personne de l'article 7. Dans certains cas, la Cour s'en est remis au droit à la liberté pour protéger le droit de la personne à la vie privée, alors que dans d'autres cas, la Cour s'est fondée sur l'aspect sécurité de sa personne[49]. Enfin, la CSC n'a pas pris de décision claire en ce qui concerne l'interaction des droits à la vie privée en vertu des articles 7 et 8[50].

La CSC a discuté de trois différentes catégories de revendications du droit à la vie privée : 1) le droit à la vie privée en matière de territoire ou de propriété, tel que le droit à la vie privée dans son propre domicile; 2) le droit à la vie privée personnelle, comme le droit d'être protégé contre toute atteinte à son intégrité physique; et 3) le droit à la vie privée en matière d'information, qui inclut le droit de la personne d'avoir une emprise sur les renseignements personnels qui la concernent[51].

---

[42] *Ibid.*, par. 53.

[43] S.D. Warren & L.D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890) 4 Harv. L. Rev. 193, p. 193.

[44] Voir *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 19; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Voir également : M. Marshall & B. von Tigerstrom, "Health Information" in J. Downie, T. Caulfield & C. Flood (eds.), *Canadian Health Law and Policy* (2nd Ed.) (Markham: Butterworths, 2002); P.S. Florencio & E.D. Ramanathan, "Secret Code: The Need for Enhanced Privacy Protections in the United States and Canada to Prevent Employment Discrimination Based on Genetic and Health Information" (2001) 39 Osgoode Hall L.J. 77.

[45] *DUDH*, *supra*, note 23, article 12; PIRDCP, *supra*, note 24, article 17.

[46] *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), article 16.

[47] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426.

[48] *Ibid.*, pp. 427-438.

[49] Voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 487, où le juge L'Heureux-Dubé a conclu que le droit à la vie privée était un aspect important du droit à liberté dans une société libre et démocratique; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 412, où le juge LaForest, écrivant au nom de la Cour, a indiqué que l'art. 7 incluait un droit à la vie privée; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, où la Cour a discuté de la relation entre l'art. 7 et la vie privée et où le juge Wilson a déclaré que la composante liberté de l'art. 7 incluait un droit de prendre des décisions fondamentales touchant intimement sa vie; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, où la Cour a conclu que la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 protégeait la vie privée des personnes à l'égard des décisions relatives à leur propre corps.

[50] Voir *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] J.C.S. nº 61; *Ruby c. Canada (Procureur général)*, [2002] J.C.S. nº 73.

[51] *Ibid.*, pp. 429-430.

Il existe d'autres sources de protection de la vie privée, comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels* du gouvernement fédéral[52], qui régit la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements personnels par les institutions fédérales, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*[53], qui régit la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels par des organismes publics fédéraux ainsi que les organismes du secteur privé dans le cadre d'une activité commerciale. Il existe en outre des lois provinciales en matière de vie privée[54], qui visent l'information détenue par les organismes publics provinciaux.

Liberté et sécurité de sa personne

Bien qu'il s'agisse de droits distincts, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de sa personne sont souvent jumelés dans une même disposition. Par exemple, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de sa personne se retrouvent tous les deux à l'article 3 de la *DUDH* et à l'article 9 du *PIRDCP*.

L'article 7 de la *Charte* garantit « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

Le droit à la liberté à l'article 7 comporte deux aspects distincts. Tout d'abord, le droit à la liberté protège la liberté physique de l'individu. Les personnes ont le droit d'être protégées contre la contrainte physique, telle que l'emprisonnement ou l'extradition[55]. Pour constituer une atteinte à la liberté, la contrainte physique ne doit pas nécessairement être forte[56]. Deuxièmement, le droit à la liberté à l'article 7 prévoit une sphère de protection où les individus peuvent prendre des décisions personnelles fondamentales, sans intervention de l'État, ce qui constitue un aspect fondamental du respect de la dignité humaine[57]. Les décisions personnelles ne seront pas toutes protégées cependant. La CSC a déclaré que l'autonomie personnelle qui découle du droit à la liberté prévu à l'article 7 n'est pas « synonyme de liberté illimitée »[58].

Le droit à la sécurité de sa personne prévu à l'article 7 de la *Charte* a été interprété de façon assez libérale. Il inclut le droit à l'intégrité physique, c.-à-d. la maîtrise de son intégrité corporelle. Il y aura atteinte à ce droit lorsque l'État prive la personne de son autonomie personnelle[59]. La sécurité de la personne comporte une dimension tant physique que psychologique, de telle sorte que l'État portera atteinte à la sécurité de la personne s'il impose une punition physique et/ou cause des préjudices psychologiques graves[60]. Les préjudices psychologiques causés par l'État ne constitueront pas dans tous les cas une atteinte à la sécurité de la personne. Le préjudice doit être grave et avoir un retentissement profond sur l'intégrité psychologique de l'individu : il doit être plus important que le stress ou l'anxiété ordinaire[61] mais il n'est pas nécessaire qu'il atteigne le niveau d'une maladie mentale.

L'analyse faite en vertu de l'article 7 adopte une démarche en deux étapes. Les tribunaux déterminent tout d'abord si un droit protégé par la *Charte* a été violé par l'action du gouvernement et décide ensuite si la privation de ce droit était conforme aux principes de justice fondamentale. Les tribunaux doivent conclure que l'action du gouvernement a privé un individu de la jouissance d'un ou plusieurs des droits prévus à l'article 7 (à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne). Deuxièmement, les tribunaux devraient identifier le principe pertinent de justice fondamentale en cause, puis déterminer si la privation du droit respecte les principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale font partie des préceptes de base du système juridique, notamment la common law, les droits établis aux articles 8 à 14 de la *Charte* et les normes internationales. Il s'agit de principes tant de fond que de forme (procédure) en matière de justice. Ce sont des principes juridiques qui relèvent du

---

[52] R.C.S. (1985) ch. P-21.
[53] L.C. 2000, ch. 5.
[54] *Supra*, note 53.
[55] *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.
[56] Le fait de contraindre toute personne à témoigner oralement ou à laisser prendre ses empreintes digitales a été considéré comme une atteinte au droit à la liberté. *Voir Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (directeur des enquêtes et recherches)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Beare*, *supra*, note 49.
[57] *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307.
[58] *Ibid.*, par. 54.
[59] *Rodriguez*, *supra*, note 49.
[60] Blencoe, *ibid.*; *G.(J.)*, *supra*, note 11; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519.
[61] *G.(J.)*, *supra*, note 11.

domaine du pouvoir judiciaire et non du domaine de la politique publique. Il doit exister un important consensus dans la société reconnaissant que le principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et le principe doit pouvoir être défini avec suffisamment de précision pour qu'on puisse s'en servir comme norme pour mesurer l'atteinte à un droit.

Si la violation du droit par le gouvernement est jugée conforme aux principes de justice fondamentale, alors la *Charte* n'aura pas été enfreinte. Si, par ailleurs, le non-respect du droit est jugé non conforme aux principes de justice fondamentale, alors la *Charte* aura été violée. Les tribunaux peuvent exiger que la Couronne justifie l'atteinte à un droit en vertu de l'article 1 de la *Charte* comme étant une restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Le fardeau de la preuve incombe au plaignant durant les deux premières étapes de l'enquête et est transféré à la Couronne si les tribunaux demandent une justification en vertu de l'article 1.

La notion d'égalité est difficile à définir de façon précise. Pour déterminer s'il y a atteinte au droit à l'égalité, il faut comparer des individus ou des groupes. La définition du groupe de comparaison adéquat a fait l'objet d'un important débat, notamment en ce qui concerne les comparaisons appropriées et la détermination de ce qui constitue un traitement égal[62].

Les garanties d'égalité apparaissent dans plusieurs instruments internationaux en matière de droits de l'homme. La *DUDH*[63] *et le PIRDCP*[64] contiennent des dispositions relatives à l'égalité. En outre, il existe des instruments internationaux en matière de droits de l'homme qui traitent expressément de la discrimination à l'égard des femmes[65] et de la discrimination fondée sur la race[66].

La garantie d'égalité du paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que toute personne a le droit aux mêmes bénéfices de la loi, indépendamment de toute discrimination pour les motifs énumérés ou des raisons analogues. Les garanties d'égalité sont également exposées dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les instruments provinciaux relatifs aux droits de la personne, qui visent habituellement de façon plus explicite la discrimination en matière d'emploi, de logement ou de services.

L'approche à adopter en ce qui concerne les allégations de discrimination en vertu de la *Charte* a été décrite par la CSC dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*[67]. Le demandeur doit prouver : que la loi a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes, qui est fondée sur une caractéristique personnelle; que la différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues; et que le traitement constitue une discrimination réelle, ayant pour effet de traiter le demandeur comme s'il ne méritait pas le même respect, la même déférence et la même considération et contrevenant de cette manière à la dignité humaine.

1.6 Conclusion

Dans l'analyse qui précède, nous avons brièvement décrit les principaux instruments et notions en matière de droits de la personne qui seront examinés tout au long du présent document afin de donner un aperçu général du cadre actuel sur les droits de la personne. Chacun des chapitres qui suivent examinera ce cadre de façon plus détaillée en ce qui a trait à des aspects particuliers de la biotechnologie. Chaque chapitre cernera les questions pertinentes en matière de droits de la personne et traitera des domaines où le cadre actuel en matière des droits de la personne ne répond pas adéquatement aux questions relatives aux droits de la personne soulevées par la biotechnologie.

---

62 R.J. Sharpe, K.E. Swinton & K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law Inc., 2002), p. 245.

63 *DUDH*, *supra*, note 23, articles 2, 7.

64 *PIRDCP*, *supra*, note 24, articles 2, 26.

65 *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.-U. 13 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

66 *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.-U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969).

67 [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39.

Gouvernement du Canada
Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 2

Procréation assistée

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue lu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Chapitre 2

Table des matières

2.1 Introduction 1

2.2 Information de base 2

2.2.1 Notions scientifiques pertinentes 2
2.2.2 Le contexte canadien 3
2.2.3 Comparaison avec d'autres pays 4

2.3 Droits de la personne liés à la PA 4

2.4 Question 1 : accès aux services de PA 5

2.4.1 Droit à l'autonomie en matière de reproduction 6
2.4.2 Le droit à la santé 10
2.4.3 Droit de bénéficier du progrès scientifique 16
2.4.4 Conclusion 17

2.5 Question 2 : Accès à l'information, divulgation d'information et répercussions pour les descendants et les donneurs de matériel reproductif 17

2.5.1 Situation au Canada 18
2.5.2 Situation dans d'autres pays 18
2.5.3 Arguments favorables et défavorables à la divulgation d'information sur le donneur 19
2.5.4 Enfants issus d'un don de matériel reproductif et droit de connaître son patrimoine génétique 20
2.5.5 Donneurs de matériel reproductif humain et droit à la vie privée 27
2.5.6 Conclusion 29

2.6 Question 3 : Le statut de l'embryon in vitro 29

2.6.1 Les droits des donneurs de matériel reproductif et des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro 29
2.6.2 Le statut juridique de l'embryon in vitro 32

2.7 Autres questions à examiner 41

2.8 Lacunes dans les instruments actuels de protection des droits de la personne 42

Chapitre 2

Procréation assistée

Katherine van Heugten et Judy Hunter

2.1 Introduction

[TRADUCTION]

Plus que toute autre percée scientifique, du vaccin contre la variole au cœur artificiel, les techniques de conception médicalement assistée alimentent sans relâche un débat public sur l'attitude à adopter face aux nouveaux pouvoirs de l'humain sur la procréation[1].

Dans la deuxième moitié du siècle dernier, les progrès scientifiques ont permis de séparer la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde de l'acte sexuel. Il s'agissait, et il s'agit toujours, d'une percée de grande importance étant donné que l'infertilité est un problème qui touche une grande partie de la population. Selon des estimations récentes, huit à douze pour cent des couples souffrent d'infertilité sous une forme quelconque[2].

Grâce à la procréation assistée (PA), des individus ou des couples qui ne pourraient pas concevoir un enfant par l'acte sexuel, ou qui ne peuvent mener une grossesse à terme, ont la possibilité de fonder une famille à partir de leur propre matériel génétique ou du matériel génétique d'un donneur. La PA a également permis aux individus qui peuvent concevoir par des moyens naturels, mais qui risquent de transmettre une maladie génétique, d'éviter ce risque. Toutefois, ces nouvelles techniques ont fait l'objet de critiques. La PA a soulevé de nombreuses et profondes questions juridiques, éthiques et sociales, qu'il s'agisse de préoccupations concernant les effets sur la santé à cours et à long terme des interventions de fécondation, ou encore de questions portant sur la commercialisation de la vie et ses répercussions sur la dignité humaine.

Étant donné la multitude de questions qui entourent la procréation assistée, deux chapitres lui seront consacrés. Le chapitre 2 cernera et analysera les questions liées aux droits de la personne qui découlent de la procréation assistée en général, tandis que le chapitre trois cernera et analysera les questions de cet ordre qui découlent de l'application des technologies de PA à l'embryon in vitro, comme le diagnostic génétique préimplantatoire, la recherche faisant appel à des embryons in vitro et le transfert de noyaux de cellules somatiques (clonage à des fins reproductives).

Chaque chapitre exposera les notions scientifiques pertinentes, ainsi que le contexte canadien et international en matière de droits de la personne. Par la suite, les différentes questions touchant les droits de la personne seront cernées et analysées aussi bien dans le cadre canadien que dans le contexte international actuel, et des comparaisons seront établies au besoin. Enfin, nous décrirons les lacunes qui existent dans le régime législatif et dans la politique officielle du Canada.

Nous nous pencherons tout d'abord sur les cadres juridiques de différents pays, avec comparaisons au besoin, avant d'étudier le cadre juridique canadien, étant donné que le contexte international peut guider notre interprétation de la loi canadienne. En outre, étant donné

---

1 B.M. Knoppers & S. LeBris, « Recent Advances in Medically Assisted Conception: Legal, Ethical and Social Issues » (1991) 17 Am. J. L. and Med. 329.

2 R. Cook, B. Dickens & M. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2003) à la p. 11. Voir également Santé Canada http://www.hc-sc.gc.ca/francais/media/communique/2002/2002_34bk4.htm (date de consultation : 13 février 2004).

l'évolution rapide que connaît ce domaine et l'absence, au Canada, d'un discours sur les droits de la personne en matière de PA, les auteures ont été contraintes de s'inspirer d'autres secteurs du droit, comme le droit des contrats et la responsabilité délictuelle, pour éclairer l'analyse des droits de la personne.

2.2 Information de base

2.2.1 Notions scientifiques pertinentes

L'expression « procréation assistée » (PA) englobe un grand nombre d'activités, dont l'insémination thérapeutique (IT), la fécondation in vitro (FIV), le transfert intratubaire de gamètes (GIFT) et l'injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde (IICS).

Insémination thérapeutique

L'insémination thérapeutique comprend aussi bien l'insémination artificielle (IA) que l'insémination par donneur (ID). Qu'elle soit faite avec du sperme du conjoint, d'un donneur connu ou d'un donneur anonyme, l'insémination thérapeutique est une intervention simple, au cours de laquelle on injecte du sperme dans le vagin de la femme au moyen d'une seringue.

Les indications médicales de l'ID sont notamment l'azoospermie (absence de spermatozoïdes vivants dans le sperme du partenaire), l'oligospermie (rareté des spermatozoïdes dans le sperme du partenaire) ou l'existence d'une maladie génétique transmissible par le sperme du partenaire. Les femmes qui désirent avoir un enfant mais qui n'ont pas de partenaire masculin peuvent également avoir recours à l'ID.

Au Canada, le sperme de donneur est offert dans des banques de sperme ou des cliniques de traitement de l'infertilité. Les donneurs sont rigoureusement sélectionnés et tous les dons de sperme sont mis en quarantaine et subissent tous les tests nécessaires[3].

Fécondation in vitro

La FIV est une intervention qui comprend les étapes suivantes : stimulation des ovaires d'une femme au moyen d'un traitement hormonal pour produire un certain nombre d'ovules, prélèvement chirurgical des ovules dans les ovaires, fécondation des ovules matures par le sperme dans une boîte de Pétri et transfert dans l'utérus de la femme du ou des embryons résultants. En général , on ne transfère pas plus de quatre embryons par cycle. S'il y a plus d'embryons qu'il ne le faut pour le transfert, ceux-ci peuvent être cryoconservés ou « congelés » pour un usage ultérieur[4]. Si par la suite les embryons ne sont pas utilisés à des fins reproductives, ils peuvent être éliminés, donnés à un autre individu ou un autre couple ou donnés à des fins de recherche.

On a recours à la FIV lorsque l'homme a une fonction spermatique déficiente ou un faible compte de spermatozoïdes, lorsque les trompes de Fallope de la femme sont obstruées ou lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie génétique.

La FIV est pratiquée depuis 1978, année où est né, au Royaume-Uni, le premier « bébé-éprouvette », Louise Brown. On estime que depuis lors, environ un million de bébés au monde ont été conçus à l'aide de la FIV[5].

Transfert intrabaire de gamètes

Dans cette technique, le prélèvement d'ovules se fait selon le même procédé que dans la FIV. Toutefois, après le prélèvement, les ovules et le sperme sont injectés dans la trompe de Fallope pour permettre à la fécondation de se produire in vivo, par opposition à in vitro (dans une boîte de Pétri)[6]. Cette technique n'est plus tellement utilisée.

Injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde

L'IICS est actuellement la méthode de FIV la plus courante. Elle consiste à injecter un spermatozoïde unique dans un ovule au moyen d'une aiguille microscopique. S'il y a fécondation, l'embryon est transféré dans l'utérus de la

---

3 Voir le *Règlement sur le traitement et la distribution du sperme destiné à la reproduction assistée*, DORS/96-254. En ligne à : http://lois.justice.gc.ca/fr/F-27/DORS-96-254/index.html (date de consultation : 11 février 2004).

4 La cryoconservation est un processus dans lequel des embryons sont congelés pendant une période indéfinie dans de l'azote liquide. Pour une explication de ce procédé, voir K. LaGatta, « The Frozen Embryo Debate Heats Up: A Call for Federal Regulation and Legislation » (2002) 4 Fl. Coastal L.J. 99 et E. Jackson, *Regulating Reproduction: Law, Technology & Autonomy* (Portland: Hart Publishing, 2001).

5 « Meeting celebrates IVF Birthday » *Nature* http://www.nature.com/nsu/030721/030721-13.html (date de consultation : 25 juillet 2003).

6 Jackson, *supra* note 4.

femme[7]. Ce traitement est utilisé lorsqu'il semble y avoir une déficience de la fonction spermatique ou un faible compte de spermatozoïdes, lorsque les trompes de Fallope de la femme sont obstruées ou lorsqu'il y a un risque de transmission de maladie génétique[8].

2.2.2 Le contexte canadien

Au cours des années 80, les percées scientifiques dans le domaine des techniques de reproduction et la sensibilisation croissante de la population aux questions juridiques, éthiques et sociales liées à ces technologies ont incité des individus et des groupes, au Canada, à faire des pressions sur le gouvernement fédéral pour qu'il se penche sur ces questions complexes. En réponse à ces pressions, le gouvernement fédéral a constitué, en octobre 1989, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction[9]. Le mandat confié à cette commission était vaste. En plus de devoir examiner les développements scientifiques et médicaux actuels et futurs sur le plan des nouvelles techniques de reproduction, la Commission devait également se pencher sur les éléments suivants : 1) les répercussions de ces techniques sur la société tout entière, 2) leurs répercussions sur des groupes précis de la société, comme les femmes et les enfants, 3) les implications éthiques, juridiques, sociales, économiques et sanitaires de ces nouvelles techniques[10].

Au terme d'un vaste processus de consultation auprès des citoyens, des communautés scientifique et médicale et de la communauté des sciences sociales, la Commission royale a fait paraître en 1993 son rapport final, qui comprenait 293 recommandations. Trois catégories de recommandations s'adressaient expressément au gouvernement fédéral : 1) des recommandations concernant la nécessité de se doter de mesures législatives criminelles pour encadrer l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction, 2) des recommandations sur l'établissement et le fonctionnement d'une commission nationale sur les techniques de reproduction, 3) des recommandations à l'intention expresse de certains ministères fédéraux, comme Santé Canada[11].

Le projet de loi C-13 est la réponse la plus récente du gouvernement à la Commission royale[12]. Ce projet de loi était l'aboutissement de nombreuses consultations auprès du public, des intéressés et des communautés juridique et scientifique. Il était fondé sur le chef de compétence fédéral en matière de droit criminel prévu au paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[13]. Dans une grande mesure, il s'inspirait de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (*HFE Act*) du R.-U.[14].

Les mesures législatives proposées avaient pour principaux objectifs de protéger la santé et la sécurité des personnes faisant appel à la PA en réglementant les pratiques acceptables; de bannir certaines pratiques inacceptables pour des raisons de santé et de sécurité ainsi que pour des motifs moraux et éthiques; de faire en sorte que la recherche sur la PA faisant appel à des embryons in vitro soit menée à l'intérieur d'un cadre réglementé[15].

Le projet de loi renfermait un certain nombre d'actes interdits dont la liste, non exhaustive, comprend les suivants : clonage humain à quelque fin que ce soit; sélection du sexe d'un embryon pour des raisons autres que médicales; modification de la lignée germinale; création d'hybrides humain/non-humain à des fins de reproduction; maternité de substitution à des fins commerciales; vente ou achat d'embryons humains in vitro[16].

---

7 *Ibid.*

8 Santé Canada, *supra* note 2.

9 La Commission royale a publié un rapport exhaustif intitulé *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (Ottawa : Services gouvernementaux Canada, 1993).

10 *Ibid.* à la p. 2.

11 *Ibid.* à la p. 1022.

12 Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 2e session, 37e législature (2e lecture au Sénat). Le Parlement a été prorogé le 12 novembre 2003 et, par conséquent, le projet de loi C-13 est mort au Feuilleton. Ces mesures législatives avaient au départ été introduites dans le cadre du projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, lors de la 1re session, 37e législature (2e lecture le 28 mai 2002), qui est mort au Feuilleton lorsque le Parlement a été prorogé le 16 septembre 2002. Le 7 octobre 2002, on a adopté une motion pour inscrire de nouveau le projet de loi C-13 à l'étape où il en était au moment de la prorogation de la session précédente. Les responsables espèrent que le projet de loi C-13 sera de nouveau à l'ordre du jour de la prochaine session.

13 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict., ch. 3, réimpression dans L.R.C. 1985, ann. II, nº 5.

14 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (U.K.), 1990, ch. 37 [ci-après la *HFE Act*].

15 Santé Canada http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communique/2002/2002_34bk1.htm (date de consultation : 13 février 2004).

16 Voir le projet de loi C-13, articles 5 à 9, pour la liste complète des actes interdits.

Le projet de loi prévoyait également un certain nombre d'activités réglementées, dont les suivantes : prélèvement, modification, manipulation ou traitement de tout matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon; conservation, manipulation et utilisation de matériel reproductif humain destiné à la création d'un embryon in vitro; homologation d'installations où seraient menées ces activités[17].

Parmi les autres éléments importants contenus dans le projet de loi, mentionnons des dispositions sur la protection de la vie privée applicables aux renseignements médicaux personnels obtenus par un établissement de PA homologué et la création de l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée[18].

Le projet de loi C-13 a été adopté par la Chambre des communes le 28 octobre 2003, puis présenté en deuxième lecture au Sénat et renvoyé à un comité. Par suite de la prorogation du Parlement le 12 novembre 2003, il est mort au Feuilleton.

2.2.3 Comparaison avec d'autres pays

Tout au long de ce chapitre, nous examinerons les lois, la jurisprudence et les politiques de plusieurs pays en matière de procréation assistée. Plusieurs raisons justifient cette démarche. Par exemple, certains pays, comme le R.-U., ont une tradition de *common law* comme la nôtre, tandis que d'autres pays, notamment les États-Unis (É.-U.), ont des garanties constitutionnelles de droits de la personne semblables aux nôtres. Nous avons examiné les lois de certains pays pour faire ressortir les approches particulières adoptées en vue de réglementer les activités de PA.

Plusieurs pays se sont dotés de lois en matière de PA. Par exemple, le R.-U. a adopté une loi en 1990 qui créait, entre autres choses, le premier organisme de réglementation national au monde chargé de contrôler les activités de procréation assistée[19].

En France, des mesures législatives sur la bioéthique sont en vigueur depuis 1994. En 2002, l'Assemblée nationale française a entrepris de réviser ces lois pour régir des activités telles que le clonage et la recherche sur les cellules souches embryonnaires[20].

Trois États australiens ont des lois concernant la FIV[21]. En avril 2002, les différents organismes gouvernementaux australiens ont convenu d'élaborer des mesures législatives (adoptées depuis lors) qui s'appliqueraient d'un bout à l'autre du pays et qui interdiraient certaines activités pratiquées sur l'embryon, jugées inacceptables[22].

Aux États-Unis, il n'existe aucun régime national de réglementation pour les activités liées à la PA[23]. La législation varie plutôt selon les États; seulement quelques États, comme la Californie, ont des lois assez complètes en matière de PA.

2.3 Droits de la personne liés à la PA

Questions

Comme nous l'avons indiqué plus haut, ce chapitre portera sur trois questions distinctes. Tout d'abord, nous traiterons de l'accès aux services de PA et de certaines questions connexes, comme les droits à l'égalité, le droit à l'autonomie en matière de reproduction, le droit à la santé et le droit de bénéficier du progrès scientifique. Ensuite, nous analyserons les aspects des droits de la personne qui concernent les enfants nés grâce à l'utilisation des

---

17 Voir dans le projet de loi C-13, articles 10 à 13, pour la liste complète des activités réglementées.

18 Projet de loi C-13, articles 14 à 19 et articles 21 à 39.

19 *Supra* note 14.

20 Trois lois concernant la bioéthique sont en vigueur depuis 1994.
1) Loi nº 94-654 du 29 juillet 1994 : Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal "bioéthique".
2) Loi nº 94-630 du 25 juillet 1994 : Loi modifiant le livre II bis du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Loi dite loi Huriet.
3) Loi nº 94-653 du juillet 1994 : Loi relative au respect du corps humain.
On s'attend à ce que les modifications apportées à ces lois reçoivent la sanction finale du Sénat français au cours du printemps.

21 Les trois États australiens qui ont adopté des lois dans ce domaine sont Victoria, South Australia et West Australia.

22 Deux lois ont été adoptées : 1) *Research Involving Human Embryos Act 2002* et 2) *Prohibition of Human Cloning Act 2002*. En ligne : http://www.health.gov.au/nhmrc/embryo/ (date de consultation : 13 février 2004).

23 Santé Canada, http://www.hc-sc.gc.ca/français/media/communique/2002/2002_34bk7.htm (date de consultation : 13 février 2004).

techniques de PA, du point de vue de la progéniture et du donneur du matériel reproductif. Enfin, nous explorerons des aspects des droits de la personne entourant le pouvoir de disposer des embryons in vitro. Nous examinerons le statut juridique de l'embryon in vitro pour déterminer s'il a des droits, en plus d'analyser les droits des donneurs de matériel reproductif et les droits des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro.

2.4 Question 1 : accès aux services de PA

A. Principes de non-discrimination dans l'accès aux services de PA

L'accès aux services de PA soulève plusieurs questions relatives aux droits de la personne, notamment la question de savoir si ces services devraient être offerts à tous, s'ils devraient être financés par l'État et si l'État peut limiter l'accès à ces services pour des motifs économiques ou en fonction de l'âge, de l'état civil, des probabilités de réussite, de la séropositivité pour le VIH, etc. Les restrictions imposées pour des motifs tels que l'âge et l'orientation sexuelle ont fait l'objet de contestations à l'extérieur du Canada.

À l'heure actuelle, au Canada, les services de PA sont offerts aux individus et aux couples soit dans des cliniques entièrement privées, soit dans des cliniques privées affiliées à un hôpital. Dans les deux cas, les individus ou les couples qui reçoivent un traitement de PA doivent payer tous les frais. La seule exception est la province de l'Ontario, où l'État finance certains services de PA, mais dans des cas très limités[24].

Bien qu'il n'y ait eu au Canada aucun rapport officiel détaillé sur d'éventuels cas de discrimination en matière d'accès à la PA, on a signalé des cas isolés de discrimination, fondée en particulier sur l'état civil et l'orientation sexuelle[25].

Aux États-Unis, une femme aveugle du Colorado a récemment poursuivi une clinique de traitement de l'infertilité pour des motifs de discrimination, après que la clinique eut refusé de poursuivre le traitement à moins qu'elle ne puisse prouver qu'elle était en mesure de s'occuper d'un enfant par ses propres moyens[26]. On a aussi signalé d'autres cas isolés de discrimination en fonction de l'âge, de l'état civil et de l'orientation sexuelle.

Au R.-U., l'accès aux traitements de PA est également une question à l'ordre du jour. L'accès à des services de PA remboursés par le National Health Service dépend en grande partie du lieu de résidence, étant donné que les autorités sanitaires régionales ont le pouvoir de fixer différents critères concernant l'admissibilité des patients et les services couverts. Essentiellement, ce qu'on a vu apparaître est une sorte de « loterie du code postal » pour les traitements[27]. En 1999, le gouvernement du R.-U. a annoncé qu'il tenterait d'élaborer une stratégie nationale d'accès à la PA qui éliminerait le système de « loterie » fondée sur le code postal. Un rapport provisoire a été publié en août 2003, mais il n'existe toujours pas de lignes directrices officielles[28].

En plus du lieu de résidence, l'état civil et l'orientation sexuelle sont des obstacles potentiels à l'accès aux services de PA au R.-U. La *HFE Act* prévoit que les cliniques de traitement de l'infertilité doivent tenir compte du bien-être de tout enfant qui naîtrait par suite du traitement, y compris le besoin de cet enfant d'avoir un père[29]. Par conséquent, lorsqu'un traitement est demandé, les cliniques doivent tenir compte du fait que les femmes célibataires ou lesbiennes élèveraient l'enfant sans père. Cette clause de la *HFE Act* exige également que l'on prenne en compte le bien-être général de tout enfant à naître. Des facteurs tels que l'âge et d'éventuelles maladies, comme l'infection à VIH ou le sida, peuvent

---

[24] Les services sont remboursés en Ontario si les deux trompes de Fallope de la patiente sont obstruées. Toutefois, les services offerts ne sont pas illimités et d'autres restrictions s'appliquent. Jusqu'à présent, la politique consistant à ne rembourser les services de PA qu'à certains individus n'a pas été contestée sur la base de l'égalité d'accès aux services de PA.

[25] Il est à noter que l'alinéa 2*d*) du projet de loi C-13 précise expressément que les personnes qui demandent des services de PA ne doivent pas faire l'objet de discrimination.

[26] CBSNews.com « Blind Woman Suing Fertility Clinic » http://cbsnews.com/stories/2003/11/08/health/main582566.shtml (date de consultation : 5 décembre 2003).

[27] *Supra* note 4 à la p. 197.

[28] K. Horsey, « Access to IVF » Site Web de BioNews http://www.bionews.org.uk/update.lasso?storyid=1752 (date de consultation : 12 novembre 2003).

[29] *Supra* note 14 au par. 13(5).

influer sur la décision de fournir un traitement à des personnes en particulier.

La question de la discrimination relativement à l'accès aux services de PA a été au centre de plusieurs procès aussi bien au R.-U. qu'en Australie. Au R.-U., dans l'affaire *R. v. Sheffield Health Authority, ex parte Seale*[30], l'autorité sanitaire avait fixé à 35 ans l'âge maximal pour le traitement de FIV remboursé par l'État en vertu de la *National Health Services Act, 1977*, en invoquant les restrictions budgétaires et les meilleures chances de réussite chez les patientes de moins de 35 ans. De ce fait, la demanderesse, une femme de 37 ans, s'était vu refuser le traitement. La Cour a jugé que le simple fait qu'un service soit offert n'empêchait pas l'autorité sanitaire de Sheffield de fixer les conditions dans lesquelles le service serait fourni et ne donnait pas non plus le droit à un individu d'exiger le traitement. On a conclu que la décision de tenir compte de l'âge n'était pas irrationnelle étant donné que la probabilité de réussite du traitement diminuait avec l'âge, et vu également la nécessité de parvenir à un équilibre financier pour être en mesure de fournir le service prévu par la loi[31].

Dans *McBain v. State of Victoria*[32], le Dr McBain a contesté la disposition de la *Victoria Infertility Treatment Act*, qui exigeait que la femme soit ou bien mariée ou vivant avec un conjoint de fait pour recevoir le traitement, en invoquant que cette clause était discriminatoire à l'égard des femmes célibataires et contrevenait à la *Sex Discrimination Act* du Commonwealth. La Cour a conclu qu'il y avait effectivement incompatibilité et que la clause incompatible de la *Victoria Infertility Treatment Act* était inopérante.

Également en Australie, une décision semblable a été rendue dans l'affaire *Pearce v. South Australia Health Commission et al.*[33], où la Cour a jugé que la *Reproductive Technology Act* de l'État de South Australia était incompatible avec la *Sex Discrimination Act* du Commonwealth[34].

À la lumière de ce bref examen de la jurisprudence, il ressort que si l'État entend fournir un accès à des services de PA, cet accès doit être offert sur une base équitable et en accord avec les lois nationales et internationales pertinentes en matière de droits de la personne.

B. Mesure dans laquelle les États sont obligés de fournir un accès à des services de PA

Une autre question importante en ce qui a trait à l'accès aux services de PA est de savoir si l'État est obligé de fournir un accès à ces services. Nous examinerons trois questions fondamentales. Premièrement, existe-t-il un droit à l'autonomie en matière de reproduction? Deuxièmement, existe-t-il un droit aux soins de santé? Et troisièmement, existe-t-il un droit de bénéficier du progrès scientifique?

2.4.1 Droit à l'autonomie en matière de reproduction

Droit international

Dans aucun des instruments internationaux, il n'est fait mention expressément de la procréation assistée. Toutefois, plusieurs instruments internationaux établissent des droits en ce qui concerne la famille. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDCP)[35] établit que la famille est l'unité naturelle et fondamentale de la société et énonce les droits des hommes et des femmes d'âge légal à se marier et à fonder une famille[36]. La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDAW)[37] exige que les États parties s'assurent que les femmes jouissent du droit de décider du nombre et de l'espacement de leurs

---

30 (1994) 25 BMLR 1 (Queen's Bench Division).

31 Il est à noter que, dans ce cas, le remboursement par l'État était en cause.

32 [2000] FCA 1009 (Federal Court of Australia).

33 (1996) SASR 486 (Supreme Court of South Australia).

34 Il est à noter que, dans ces cas australiens, le remboursement par l'État n'était pas en cause.

35 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), [ci-après le PIRDCP]. Le Canada est partie au PIRDCP.

36 *Ibid.* à l'article 23.

37 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), [ci-après la CEDAW]. Le Canada est partie à la CEDAW. Cette convention est le produit de plus de trente ans de travaux de la Commission de la condition de la femme de l'ONU. Elle réaffirme l'égalité des droits des femmes et établit essentiellement une déclaration internationale des droits des femmes. On y traite en détail des droits civils, du statut juridique des femmes et des droits en matière de reproduction. La Convention prévoit également un programme d'action que les États devront adopter pour garantir la jouissance des droits énoncés dans la Convention. La mise en vigueur de la Convention fait l'objet d'une surveillance de la part du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

enfants, ainsi que du droit à l'information et à l'éducation pour leur permettre d'exercer pleinement ce droit[38].

L'interprétation de ces droits, particulièrement en ce qui concerne la PA, a varié. Par exemple, selon certains observateurs, le libellé des dispositions concernant la famille, de même que les travaux préparatoires des deux traités, portent à croire que les droits énoncés ne visaient pas à imposer une obligation positive aux États en matière d'assistance à la procréation, mais qu'ils visaient plutôt les individus qui jouissent de la capacité physiologique de reproduction[39]. Cette position trouve un appui dans l'Observation générale 19, énoncée par le Comité des droits de l'homme, selon laquelle le droit de fonder une famille implique, en principe, la possibilité de procréer et de vivre ensemble[40].

D'autres, par contre, ont soutenu qu'en raison de leur obligation de faire en sorte que les individus jouissent des droits énoncés dans les traités ci-dessus, les États parties doivent faciliter le droit à la reproduction, même par des moyens artificiels[41].

Étant donné que la question du droit à l'accès aux techniques de reproduction n'a pas été étudiée à l'échelon international par un tribunal des droits de la personne, on ne peut établir clairement comment les dispositions du PIRDCP et de la CEDAW doivent être interprétées relativement à cette question.

France

Les tribunaux français ont reconnu le droit à l'autonomie en matière de reproduction. Dans *Parpalaix c. Centre d'étude et de conservation du sperme*[42], le tribunal devait déterminer le statut du sperme qui avait été donné par un homme décédé. Au sujet du matériel reproductif d'un individu, le tribunal a indiqué en essence que le sperme est l'expression génétique du droit fondamental d'une personne à créer la vie ou à ne pas avoir d'enfants[43].

États-Unis

Aux États-Unis, le droit à l'autonomie en matière de reproduction (dans ce pays, désignée plus souvent par l'expression « autonomie en matière de procréation ») se fonde sur le droit à la protection de la vie privée et à la liberté garanti par le quatorzième amendement de la Constitution américaine[44]. Les tribunaux américains ont jugé que ce droit englobe autant le droit de procréer que le droit de ne pas procréer[45].

Dans Skinner v. Oklahoma[46], l'une des premières causes portant sur les droits en matière de reproduction, la Cour suprême des É.-U. a annulé une loi d'un État qui exigeait la stérilisation de criminels jugés coupables de crimes multiples impliquant une turpitude morale. La Cour a conclu que [TRADUCTION] « le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race » et qu'ils devaient être considérés comme des « droits civils fondamentaux »[47]. Ainsi, la Cour a fait du droit de procréer un droit fondamental.

Cette position a été confirmée dans l'affaire *Eisenstadt v. Baird*[48], où la Cour suprême a jugé que [TRADUCTION] « si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de l'individu, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant »[49].

---

38 *Ibid.* à l'alinéa 16(1)e).

39 M.K. Eriksson, *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law* (London: Kluwer Law International, 2000), à la p. 194.

40 OG n° 19/38 à l'article 23 du PIRDCP, Doc. NU CCPR/21/rev.1/Ann.2, au par. 5.

41 *Supra* 39 à la p. 194.

42 [1984] Trib. Gr. Inst. Créteil, 1er août, 1984, Gazette du Palais (G.P.), 15 sept. 1984.

43 G.A. Katz, « Parpalaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology » (1998) 11:3 Harvard J. L. & Tech. 683 at 686.

44 L'article 1 du quatorzième amendement de la Constitution américaine établit que :
Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des États-Unis et de l'État où elles résident. Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable (without due process of law); ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égale protection des lois.

45 Pour un excellent résumé de la jurisprudence américaine, voir : G.J. Annas, « The Impact of Medical Technology on the Pregnant Woman's Right to Privacy » (1987) 13 Am. J. L. and Med. 213.

46 316 U.S. 535 (U.S. S.C. 1942).

47 *Ibid.* à la p. 541.

48 405 U.S. 438 (U.S. S.C. 1972).

49 *Ibid.* à la p. 453.

Dans *Griswold v. Connecticut*[50], le droit de ne pas procréer a clairement été établi lorsque la Cour a établi le droit pour les couples mariés d'utiliser des contraceptifs. La Cour a fait remarquer que le droit fondamental à la vie privée englobait les décisions concernant la conception d'enfants et que ces décisions devaient être libres de toute ingérence gouvernementale injustifiée. Le droit à l'utilisation des contraceptifs a par la suite été élargi pour englober les personnes non mariées dans *Carey v. Population Services International*[51].

Enfin, dans l'arrêt de principe *Roe v. Wade*[52], la Cour suprême des É.-U. a déclaré que le droit fondamental à la vie privée englobait la procréation, de même que la décision de mettre fin à une grossesse[53]. Ces décisions établissent, à tout le moins, le droit à la procréation par des moyens naturels sans ingérence de l'État[54].

Les tribunaux américains ont également débattu de l'autonomie en matière de reproduction dans des causes mettant en jeu la PA, en particulier dans le cadre de procès portant sur des embryons in vitro congelés, question qui sera analysée plus loin dans le présent chapitre. Dans ce contexte, la Cour suprême du Tennessee a réaffirmé que [TRADUCTION] « le droit à l'autonomie en matière de procréation est composé de deux droits d'égale importance : le droit de procréer et le droit d'éviter de procréer »[55].

En ce qui concerne le droit de procréer par le recours à des moyens technologiques (c.-à-d. la procréation assistée), deux causes entendues récemment par des tribunaux inférieurs des É.-U. nous éclairent sur la question de savoir si les droits en matière de reproduction aux É.-U. englobent la PA.

Dans *Baby M*[56], une mère porteuse a refusé de remettre l'enfant qu'elle avait porté, dérogeant ainsi au contrat conclu entre les parents éventuels et elle-même. La Cour suprême du New-Jersey a jugé que le contrat contrevenait à l'ordre public et a déclaré que [TRADUCTION] « le droit de procréer est tout simplement le droit d'avoir des enfants naturels, que ce soit par des rapports sexuels ou par insémination artificielle. Ce n'est pas plus que cela »[57].

Deux années plus tard, la U.S. District Court for the Northern District of Illinois, dans l'affaire *Lifchez v. Hartigan*[58], a jugé que la loi de l'Illinois interdisant l'expérimentation sur les fœtus était inconstitutionnelle en raison de son imprécision et de la violation inacceptable du droit à la protection de la vie privée. En parlant des techniques de FIV, la Cour a déclaré que [TRADUCTION] « le transfert d'embryons est une intervention visant à permettre à une femme infertile de porter son propre enfant. Il est alors logique de penser qu'à l'intérieur des choix protégés par la Constitution, qui englobe le droit d'avoir accès à des contraceptifs, on doive inclure le droit de subir une intervention médicale qui peut entraîner, plutôt que prévenir, une grossesse »[59].

Bien que les tribunaux américains aient reconnu le droit de procréer, et le droit correspondant de ne pas procréer, cette reconnaissance du droit à l'autonomie en matière de reproduction ne s'est pas traduite en obligation positive pour le gouvernement de fournir des services de PA aux individus.

Canada

La *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) ne renferme pas de dispositions explicites sur le droit de procréer; on ne trouve pas non plus, au Canada, de jurisprudence établissant que le droit de procréer est un droit humain fondamental. Toutefois, le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* a été interprété par la Cour suprême du Canada (CSC) comme une garantie protégeant l'autonomie de la femme en matière de reproduction. La notion d'autonomie en matière de reproduction a été reconnue pour la première fois dans le contexte du droit à l'avortement.

En 1988, le juge Wilson a déclaré en son propre nom, dans *R. c. Morgentaler*[60], que l'« intérêt » de la liberté prévu à

---

50 381 U.S. 479 (U.S. S.C. 1965).
51 431 U.S. 678 (U.S. S.C. 1977).
52 410 U.S. 113 (U.S. S.C. 1973).
53 *Ibid.* aux p. 152, 153.
54 E. Price Foley, « Human Cloning and the Right to Reproduce » (2002) 65 Alb. L. Rev. 625; C. Kalebic, « Symposium on Cloning: The Constitutional Question of Cloning Humans: Duplication or Procreation? An Examination of the Constitutional Right to Procreate » (1998) 8 S. Cal. Interdis. L.J. 229.
55 *Infra* 193.
56 *In the Mater of Baby M, A Pseudonym for an Actual Person*, 109 N.J. 396 (Supreme Court of New Jersey 1988).
57 *Ibid.* à la p. 448.
58 735 F. Supp. 1361 (U.S. District Court Northern District of Illinois 1990).
59 *Ibid.* à la p. 1376.
60 [1988] 1 R.C.S. 30 (C.S.C.).

l'art. 7 impliquait le droit de prendre « des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État »[61]. Ce droit comprenait celui d'interrompre sa grossesse ou non, étant donné qu'une telle décision est « une décision qui aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte »[62]. Par conséquent, le juge Wilson a conclu que la disposition du *Code criminel* concernant l'avortement, débattue dans cette affaire, constituait une violation injustifiable du droit à la liberté énoncé à l'art. 7. Toutefois, étant donné les répercussions que cette disposition pouvait avoir sur l'accès à des services d'avortement thérapeutique et sur la disponibilité de ces services, la Cour a invoqué la composante de la sécurité de la personne énoncée à l'art. 7 pour statuer, dans une décision majoritaire, que la disposition était inconstitutionnelle.

Cette interprétation du droit à la liberté a par la suite été adoptée par la CSC dans différents contextes, notamment le droit d'un parent de prendre des décisions concernant les soins médicaux prodigués à son enfant et le refus d'accorder l'aide juridique à un parent dans une cause de tutelle[63].

Dans *E. (Mme) c. Eve*[64], une mère a demandé à la Cour une autorisation pour faire subir à sa fille adulte atteinte de déficience mentale une stérilisation à des fins non thérapeutiques. La CSC a déclaré que la compétence *parens patriae* ne devrait jamais servir à autoriser la stérilisation à des fins non thérapeutiques, étant donné la grave atteinte aux droits de l'individu que cela constituerait. On avait également fait valoir auprès du tribunal qu'en se fondant sur la *common law* et le droit fondamental de procréer, ainsi que sur le droit correspondant de ne pas procréer, découlant de l'art. 7 de la *Charte*, on devrait adopter le critère de « jugement substitué » énoncé aux États-Unis. La Cour n'était pas disposée à déterminer si la composante de la liberté de l'art. 7 protège le droit fondamental de procréer ou de ne pas procréer. La Cour a plutôt conclu que l'art. 7 ne s'appliquait pas dans cette cause du fait que c'était la mère de l'individu qui demandait la stérilisation, plutôt que l'État. Un aspect important de cette cause est le fait que la Cour a reconnu que les décisions en matière de reproduction sont de nature grave et profondément personnelle et qu'elles peuvent par conséquent être considérées comme des décisions personnelles fondamentales méritant d'être protégées par la *Charte*.

L'autonomie en matière de reproduction a également été considérée dans le contexte du bien-être de l'enfant. Dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. D.F.G.*[65], on a demandé à la CSC de déterminer si un organisme de services à l'enfance pouvait placer sous garde, dans un hôpital, une femme enceinte souffrant de dépendance aux vapeurs de la colle pour protéger le fœtus pendant son développement. Dans une décision majoritaire, la CSC a rejeté l'affirmation selon laquelle un tel acte pouvait être justifié par le droit de la responsabilité délictuelle ou la compétence *parens patriae*. La majorité a statué qu'un fœtus ne pouvait être reconnu comme une personne juridique étant donné l'atteinte éventuelle que cela pourrait porter au droit de la mère à la liberté. La Cour a conclu que, dans le contexte de la responsabilité délictuelle, le fait d'imposer un devoir de diligence à la mère à l'égard de son fœtus pourrait créer une situation de conflit entre la mère en tant qu'individu autonome et son enfant en développement, ce qui pourrait avoir des conséquences négatives pour la mère.

En résumé, il ressort de la jurisprudence canadienne portant sur l'autonomie en matière de reproduction que les individus ont le droit d'être à l'abri de toute intervention de l'État en ce qui concerne leurs décisions personnelles fondamentales. Il est hautement probable que la décision de procréer puisse être considérée comme une décision personnelle fondamentale du type envisagé par la CSC. Par conséquent, le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 serait vraisemblablement compromis si l'État tentait d'empêcher un individu de prendre une décision personnelle en matière de reproduction.

---

61 *Ibid.* au par. 230.

62 *Ibid.* au par. 241.

63 *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 (C.S.C.); *Nouveau Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (C.S.C.). Voir également *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 (C.S.C.) et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (C.S.C.).

64 [1986] 2 R.C.S. 388 (C.S.C.).

65 [1997] 3 R.C.S. 925 (C.S.C.). Pour un commentaire sur cette cause, voir : M. Randall, « Pregnant Embodiment and Women's Autonomy Rights in Law: An Analysis of the Language and Politics of Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G. » (1999) 62 Sask. L. Rev. 515; T. Caulfield & E. Nelson, « Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G.: A Commentary on the Law, Reproductive Autonomy and the Allure of Technopolicy » (1998) 36 Alta. L. Rev. (No. 3) 799; F. Baylis, « Dissenting with the Dissent: Winnipeg Child and Family Services v. G. (D.F.) » (1998) 36 Alta. L. Rev. (No. 3) 785.

Analyse

On trouve des éléments d'un droit à l'autonomie en matière de reproduction dans les instruments nationaux, internationaux et comparatifs portant sur les droits de la personne, et dans la jurisprudence correspondante. Dans le contexte de l'avortement et de la planification des naissances, l'autonomie en matière de reproduction est une question bien développée. La notion du droit à l'autonomie en matière de reproduction n'a pas encore été appliquée à la PA au Canada ni à l'échelon international, et seulement de façon périphérique aux É.-U. dans le contexte des lois contre l'expérimentation sur les fœtus.

La question de savoir si la notion d'autonomie en matière de reproduction se traduit par un droit positif à l'accès à des services de PA est toujours en suspens. L'ingérence dans une décision personnelle fondamentale, comme dans l'affaire *Morgentaler*[66], où le *Code criminel* imposait des restrictions à l'accès à des services d'avortement, est une tout autre affaire que de demander à l'État de prendre des mesures pour aider une personne à réaliser son désir personnel ou de lui fournir une aide dans ce sens[67]. Comme l'indique un commentateur, [TRADUCTION] « le droit qu'on ne nous empêche pas d'avoir un enfant n'implique pas le droit à obtenir un enfant »[68]. Jusqu'à présent, il n'y a pas de jurisprudence au Canada qui pourrait donner à penser que l'État a une obligation d'aide envers les individus dans l'exercice de leur droit à l'autonomie en matière de reproduction. Cela est également vrai aux É.-U., où la jurisprudence parle du droit d'être à l'abri de toute ingérence de l'État et du droit de subir un traitement médical, mais non du droit de demander des services financés par l'État pour exercer son droit de procréer.

2.4.2 Le droit à la santé

Droit international

Il existe plusieurs instruments internationaux portant sur les droits de la personne qui font mention d'un « droit à la santé ». Il ne s'agit clairement pas du droit comme tel d'être en santé. Ce droit englobe plutôt une gamme de services reliés à la santé, notamment les soins de santé, l'éducation, la santé de l'enfant et de la mère et l'hygiène du milieu.

La première mention expresse du droit à la santé figure dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH), selon laquelle « [t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires [...][69] ».

L'article 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC)[70] est l'énoncé auquel on accorde le plus d'autorité en matière de droit à la santé. Il reconnaît explicitement « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »[71]. L'obligation qu'ont les États parties consiste en une mise en vigueur progressive des mesures nécessaires en fonction des ressources disponibles. Le Pacte établit les mesures que les États parties doivent prendre « en vue d'assurer le plein exercice de ce droit », qui sont les suivantes :

a) La diminution de la mortinatalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant;

b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle;

c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies;

d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.[72]

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU a examiné la portée du droit à la santé dans son observation générale sur ce droit[73]. Bien que le point de

---

66 *Supra* note 60.

67 M. Evans, « A Right to Procreate? » in D. Evans (ed.), *Creating the Child* (London: Kluwer Law International, 1996) 127 à 129.

68 *Ibid.* à la p. 129.

69 Rés. AG 217 (III), AGNU, 3e sess., suppl. nº 13, Doc. NU A/810 (1948), article 25(1) [ci-après la DUDH].

70 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [ci-après le PIDESC]. Le Canada est partie au PIDESC.

71 *Ibid.* à l'article 12.

72 *Ibid.* à l'alinéa 12.2*a*).

73 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale nº 14*, CES NU, 2000, Doc. NU E/C.12/2000/4, CDESC [ci-après l'Observation générale 14].

vue du Comité n'ait pas force exécutoire, il constitue une indication de la façon dont l'organe responsable de l'application du PIDESC interprète le droit à la santé.

L'Observation générale fait ressortir quatre éléments nécessaires à l'exercice du droit à la santé : disponibilité, accessibilité, acceptabilité et qualité. La disponibilité concerne la quantité de services, les installations et l'existence de personnel qualifié. L'accessibilité renvoie à quatre critères : non-discrimination, accessibilité physique, accessibilité économique et accès à de l'information concernant la santé. L'acceptabilité englobe le respect de l'éthique médicale, l'adaptation culturelle et le principe de la confidentialité. La qualité concerne la pertinence scientifique et médicale et la qualité des services de santé ainsi que des installations[74].

L'Observation générale impose aux États trois types d'obligations face au droit à la santé. L'*obligation de le respecter* est en grande partie une obligation négative, qui interdit aux États de prendre des mesures qui nuiraient à la jouissance du droit à la santé. L'*obligation de le protéger* exige que les États prennent des mesures pour faire en sorte que des tierces parties ne nuisent pas au droit à la santé. Enfin, en vertu de l'*obligation de le mettre en œuvre*, les États parties doivent mettre en place différents moyens pour que le droit à la santé puisse être exercé, notamment des mesures législatives, administratives, financières et juridiques[75].

En ce qui concerne les femmes et le droit à la santé, l'Observation générale précise qu'il faut élaborer et mettre en œuvre des stratégies nationales globales pour promouvoir la santé des femmes comme moyen d'éliminer la discrimination envers les femmes[76]. À cette fin, il est indiqué dans l'Observation générale que les stratégies nationales doivent comprendre des mesures visant à prévenir et à traiter les maladies qui touchent les femmes, ainsi que des politiques permettant de fournir un accès à des soins de santé, notamment des services de santé sexuelle et génésique. La santé génésique est également mentionnée en ce qui a trait aux efforts que les États parties doivent déployer pour éliminer la discrimination envers les femmes[77]. Bien qu'il soit fait mention de la santé sexuelle et génésique dans l'Observation générale, en particulier en ce qui concerne les alinéas 12.2*a*) et 12.2*c*)[78], on ne parle pas expressément de la PA. La définition suivante de la santé génésique est fournie dans l'Observation générale :

> La santé génésique recouvre la liberté pour les hommes et les femmes de décider s'ils veulent procréer et quand, le droit d'être informés sur les méthodes sûres, efficaces, abordables et acceptables de planification familiale, l'accès à la méthode de leur choix, ainsi que le droit d'avoir accès à des services appropriés de soins de santé, garantissant, par exemple, aux femmes le bon déroulement de leur grossesse et de leur accouchement[79]

Bien que l'Observation générale du Comité ait permis de faire de grands pas pour améliorer la compréhension qu'ont les États membres de la portée et du contenu du droit humain international à la santé, les paramètres de ce droit ne sont toujours pas clairs. La Commission des droits de l'homme de l'ONU a nommé un rapporteur spécial, chargé d'explorer et de promouvoir ce droit[80].

Dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE)[81], le droit à la santé tel qu'énoncé dans le PIDESC est réitéré de façon précise en ce qui concerne les enfants. En outre,

---

74 *Ibid.* au par. 12.

75 Pour un résumé de l'Observation générale ou d'autres documents concernant le droit international à la santé, voir : S.D. Jamar, « The International Human Right to Health » (1994) 22 S.U.L. Rev. 1; v.A. Leary, « The Right to Health in International Human Rights Law » (1994) 1 Health and Human Rights 25; A.R. Chapman, « Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach » (1998) 65 Tenn. L. Rev. 389; L. Smith, « Section IV(b): The Right to Health » in K.E. Mahoney & P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993); E.D. Kinney, « The International Human Right to Health: What does this Mean for our Nation and World? » (2001) 34 Ind. L. Rev. 1457; A.R. Chapman, « Core Obligations Related to the Right to Health » in A.R. Chapman & S. Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (New York: Intersentia, 2002).

76 *Supra* note 73 au par. 21.

77 *Ibid.* au par. 21.

78 *Ibid.* aux par. 14 et 16.

79 *Ibid.* au par. 15.

80 Paul Hunt, un éminent spécialiste du domaine des droits de la personne, a été nommé rapporteur spécial en vertu de la Résolution 2002/31 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU. Dans son rapport préliminaire, Paul Hunt définit trois objectifs principaux pour son mandat de trois ans : 1) promouvoir — et encourager les autres à promouvoir — le droit à la santé à titre de droit humain fondamental; 2) éclaircir la portée et le contenu du droit à la santé; 3) cerner les bonnes pratiques qui permettront la mise en œuvre du droit à la santé à l'échelon communautaire, national et international.

81 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [ci-après la CDE]. Le Canada est partie à la CDE.

les États parties doivent prendre des mesures appropriées relativement aux questions entourant la santé des enfants, notamment pour réduire la mortalité infantile et lutter contre la maladie et la malnutrition[82].

D'autres instruments internationaux, auxquels le Canada est partie, comprennent également des dispositions sur la non-discrimination relativement au droit à la santé. Dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CERD)[83], les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun, sans distinction, de jouir du droit à des soins médicaux et de santé publics[84]. Dans la CEDAW, les États parties conviennent de prendre les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes en ce qui concerne les soins de santé. Plus particulièrement, les États doivent assurer un accès égal aux services de soins de santé, en accordant une importance particulière aux soins prénatals et postnatals[85]. On pourrait faire valoir que ces principes de non-discrimination en matière de services génésiques s'appliquent également à l'accès aux services de PA.

Plusieurs conventions régionales auxquelles le Canada n'est pas partie, comme la *Charte sociale européenne*[86], la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[87] et la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe[88], ainsi que des organismes internationaux tels que l'Organisation mondiale de la santé, reconnaissent également le droit à la santé[89]. En outre, un grand nombre de constitutions d'États prévoient des dispositions sur le droit à la santé, notamment celles de l'Afrique du Sud, des Pays-Bas, de l'Italie et de la Hongrie[90].

Le droit humain international à la santé énoncé dans le PIDESC n'a pas été cité dans la jurisprudence canadienne relativement à l'accès aux services de santé. Par conséquent, on ne peut prévoir comment un tribunal canadien traiterait une demande à ce titre et si ce droit serait utilisé pour interpréter les dispositions législatives canadiennes de façon à imposer une obligation positive à l'État.

Canada

La *Charte* ne renferme pas de « droit à la santé » ni de « droit à des soins de santé » explicite. Toutefois, on a tenté d'invoquer aussi bien l'art. 7 que l'art. 15 de la *Charte* comme fondement pour arguer que le gouvernement a une obligation positive de fournir ou de rembourser des traitements médicaux particuliers. Étant donné que la population canadienne a actuellement un très large accès à des soins de santé, il n'est pas surprenant de ne pas trouver un vaste corpus de jurisprudence canadienne affirmant le droit à la santé. Néanmoins, on peut facilement prévoir une hausse du nombre de demandes présentées en vertu de la *Charte* et invoquant le droit à la santé à mesure que les coûts des soins de santé continueront de croître et que les pressions sur les budgets fédéral et provinciaux continueront de s'intensifier.

Application de la *Charte* dans le contexte des soins de santé

La CSC a déclaré que tous les actes posés dans le contexte des soins de santé ne peuvent être assimilés à des actes de nature gouvernementale. Dans *Stoffman v. Vancouver General Hospital*[91], la Cour a conclu que les questions internes de gestion hospitalière, comme la politique de retraite obligatoire s'appliquant aux médecins, ne pouvaient faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. De telles décisions n'étaient pas assujetties au contrôle gouvernemental en vertu des dispositions législatives régissant les hôpitaux dans les provinces; par conséquent, l'hôpital ne pouvait être considéré comme faisant partie du « gouvernement ».

---

82 *Ibid.* à l'article 24.

83 *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination sociale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969) [ci-après la CERD]. Le Canada est partie à la CERD. En vertu de cette Convention, les États parties s'engagent notamment :
- à interdire la discrimination raciale par les individus, les groupes, etc.
- ne pas s'adonner à des actes ou des pratiques de discrimination raciale à l'égard d'individus, de groupes de personnes ou d'institutions, et à faire en sorte que les autorités et les institutions publiques ne s'adonnent pas à de telles actes ou pratiques.
- à ne pas parrainer, défendre ou appuyer la discrimination raciale par des personnes ou des organisations.
- à revoir les politiques et les lois qui créent de la discrimination raciale ou la perpétuent.

84 *Ibid.* au sous-alinéa 5 e)(iv).

85 *Supra* note 37 à l'alinéa 11.1*f*) et à l'article 12.

86 *Charte sociale européenne*, 18 octobre 1961, 529 R.T.N.U. 89 (entrée en vigueur : 26 février 1965).

87 *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, (1982) 21 I.L.M. 58 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986).

88 *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 4 avril 1997, STE nº 164 (entrée en vigueur : 1er décembre 1999).

89 *Constitution de l'OMS*, (1948) 14 R.T.N.U. 186, préambule.

90 B. Toelbes, *The Right to Health as a Human Right in International Law* (Oxford : Intersentia, 1999) aux p. 82, 201, 208.

91 [1990] 3 R.C.S. 483 (C.S.C.).

La question de l'application de la *Charte* a été revue en 1997 dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*[92], où la CSC devait déterminer si la *Charte* s'appliquait aux mesures prises par un hôpital. Plus particulièrement, le litige dans cette affaire portait sur le fait que le système de soins de santé public ne couvrait pas les services d'interprétation gestuelle. Bien que la Cour ait précédemment conclu que les hôpitaux étaient des entités privées et non des entités gouvernementales, elle a établi une distinction entre les affaires concernant la gestion interne et la prestation des soins aux patients. La prestation par un hôpital de services médicalement nécessaires a été jugée comme un moyen d'exécuter un programme social en vertu d'une loi provinciale; par conséquent, la Cour a conclu qu'elle était assimilable à un acte de nature gouvernementale. À la lumière de cette conclusion, la *Charte* s'appliquait. Cette décision est particulièrement importante pour l'application de la *Charte* dans le contexte des soins de santé du fait que la Cour a voulu examiner les actes ou les activités de l'entité visée et déterminer si elles satisfaisaient à un objectif gouvernemental[93].

La jurisprudence sur le droit aux soins de santé n'a pas accordé beaucoup d'attention à l'application de la *Charte*; les demandeurs ont généralement contesté les dispositions législatives allouant les ressources, qui constituent clairement un acte de nature gouvernementale.

L'article 7 et le droit de la santé

Certains demandeurs ont tenté d'invoquer, la plupart du temps sans succès, l'art. 7 pour contester des politiques touchant le cadre du système de soins de santé, par exemple l'attribution des numéros de facturation et les restrictions applicables aux soins de santé privés[94]. Des demandeurs ont également fait valoir que l'art. 7 englobe le droit aux soins de santé.

Dans *Fernandes v. Manitoba (Director of Social Services, Winnipeg Central)*[95], le demandeur a fait valoir que le refus de l'État de défrayer ses soins à domicile portait atteinte à ses droits en vertu de l'art. 7 de la *Charte* car, sans ces soins, il serait obligé de vivre dans un hôpital. La Cour a conclu que l'art. 7 ne protège pas le désir du demandeur de vivre dans un certain cadre ou de jouir d'un mode de vie particulier.

Dans *Ontario Nursing Home Association v. Ontario*[96], la Cour a rejeté une allégation selon laquelle un niveau inadéquat de financement provincial pour les maisons de soins infirmiers portait atteinte au droit à la sécurité de la personne. La Cour a conclu que l'art. 7 ne traitait pas des droits de propriété ni ne garantissait d'avantages additionnels pour bonifier les droits prévus à l'art. 7.

Un raisonnement semblable a été utilisé dans *Brown v. British Columbia*[97]; la Cour a conclu que la décision du gouvernement provincial de ne pas rembourser entièrement le coût de certains médicaments servant au traitement du VIH/sida ne violait pas les droits du demandeur en vertu de l'art. 7. La Cour a jugé que l'art. 7 ne protège pas contre les difficultés économiques, pas plus qu'elle ne fournit des avantages propres à améliorer la vie, la liberté ou la sécurité de la personne.

Dans *Chaoulli c. Québec (Procureure générale)*[98], les requérants ont fait valoir que l'interdiction d'une assurance de soins de santé parallèles et privés portait atteinte à leurs droits en vertu de l'art. 7. Le juge de première instance a conclu que l'art. 7 ne protège pas les droits économiques en soi. Toutefois, les droits reliés à ceux prévus à l'art. 7 qui ont une composante économique accessoire peuvent être protégés. En ce qui concerne la portée des droits garantis par l'art. 7, le juge de première instance a déclaré ce qui suit :

> En premier lieu, il est clair que la *Charte* n'a pas pour objet la protection de droits purement économiques. En second lieu, on doit constater qu'il existe un courant au sein de la Cour suprême qui étendrait la porté de l'art. 7 pour garantir une plus grande autonomie aux individus et parallèlement qui

---

92 [1997] 3 R.C.S. 624 (C.S.C.).

93 Pour une excellente analyse de la jurisprudence concernant l'application de la *Charte*, voir : M. Jackman, « The Application of the Canadian Charter in the Health Care Context » (2000) 9 Health L. Rev. No. 2, 22.

94 Voir *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985) 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.); *Waldman v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1999) 177 D.L.R. (4th) 321. Mais voir *Rombaut v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (2001) 240 N.B.R. (2d) 258 (C.A.N.-B.).

95 (1992) 78 Man. R. (2d) 172 (C.A. Man.).

96 (1990), 72 D.L.R. (4th) 166 (H.C.J. Ont.).

97 (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.).

98 [2000] J.Q. nº 479 (Cour sup.).

> viendrait empêcher une trop grande ingérence de la part de l'État dans les choix personnels des gens. La porte n'est donc pas fermée pour permettre la reconnaissance de certains droits intimement liés et indissociables au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sera la protection, dans une certaine mesure, de droits appelés « droits économiques incidents[99] ».

Bien que le juge de première instance ait conclu qu'il y avait eu atteinte au droit des requérants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, il a conclu que cette atteinte était en accord avec les principes de la justice fondamentale. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel[100]. En ce qui concerne l'art. 7, la Cour a jugé qu'il ne s'appliquait pas pour trois motifs. D'abord, le droit de conclure un contrat, qui était interdit par les dispositions en question, était un droit économique non fondamental à la vie d'une personne. Ensuite, pour que l'on conclue à une violation de l'art. 7, les requérants doivent prouver qu'il y a eu une atteinte au droit, réelle ou potentielle et éminente, ce qui dans cette affaire n'a pas été démontré. Enfin, la Cour a conclu que l'art. 7 ne pouvait être invoqué pour contester le bien-fondé d'un choix en matière de politique. Cette cause sera entendue par la CSC dans un avenir rapproché.

Comme le montre la jurisprudence ci-dessus, les tribunaux canadiens ont jusqu'à présent rejeté l'idée que les droits énoncés à l'art. 7 de la *Charte* comprennent le droit à un type précis de soins de santé[101].

L'article 15 et le droit à la santé

Dans le contexte des soins de santé, on a relevé deux catégories de causes où l'art. 15 a été soulevé. La première concerne des cas où des services de soins de santé généralement offerts à tous sont refusés à un groupe particulier; dans la deuxième catégorie, on trouve des causes où un traitement particulier demandé par un groupe précis d'individus a été refusé[102].

Dans la première catégorie de causes, la plus importante au Canada est *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*[103]. Dans cette affaire, les appelants ont contesté la décision de la province de refuser de fournir des services d'interprétation gestuelle dans le cadre des services médicaux assurés offerts dans la province. La CSC a conclu qu'il y avait violation du par. 15(1) car la décision de ne pas financer les services d'interprétation privait effectivement les résidants atteints de surdité de la possibilité de profiter des services de santé provinciaux de façon équitable. Il est important de noter que la Cour a rejeté la justification financière de la province dans l'analyse de l'article premier. Elle a conclu que le fait de ne pas assurer un accès égal à des services qui sont généralement offerts à tous ne constituait pas une atteinte minimale au droit de l'individu à l'égalité en vertu du par. 15(1), d'autant plus que le coût du service ne représentait qu'une fraction minime du budget total de la province au chapitre des soins de santé[104].

En ce qui concerne les soins effectivement remboursés par l'assurance-santé, les tribunaux se sont généralement abstenus de remettre en question les décisions gouvernementales concernant la portée de la couverture. Par exemple, la demande présentée en vertu du par. 15(1) dans *Brown v. British Columbia*[105], où le gouvernement provincial refusait de rembourser entièrement un médicament particulier utilisé par des personnes vivant avec le VIH/sida, n'a pas été accueillie.

---

99 *Ibid.* au par. 221.

100 [2002] J.Q. nº 759 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi devant la CSC accueillie [2002] A.C.S.C. nº 280.

101 Pour un résumé de la jurisprudence concernant le lien entre les art. 7 et 15 et les soins de santé, voir : T. Friesen, « The Right to Health Care » (2001) 9 Health L.J. 205; T.A. Caulfield, « Wishful Thinking: Defining 'Medically Necessary' in Canada » (1996) 4 Health L. J. 63; B.F. Windwick, « Health Care and Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1994) 3 Health L. Rev. No. 1 20; A.L. Karr, « Section 7 of the Charter: Remedy for Canada's Health Care Crisis? (Part I) » (2000) 58(3) The Advocate 363; Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, *Quels seront les effets de la charte des droits et liberté et l'évolution de la jurisprudence sur les coûts des soins de santé?* (Étude), D. Greschner, 2002.

102 B. von Tigerstrom, « Human Rights and Health Care Reform: A Canadian Perspective » in *Health Care Reform and the Law in Canada Meeting the Challenge* (Edmonton: The University of Alberta Press, 2002) 157 à 171.

103 *Supra* note 92.

104 Voir également *J.C. v. Forensic Psychiatric Service Commissioner* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 386 (C.S.C.-B.), où l'accès à un secteur précis de l'établissement a été refusé au demandeur pour des motifs liés au sexe et à des considérations financières. Dans cette cause, la Cour a conclu qu'il y avait violation du par. 15(1) et a refusé d'accepter une justification fondée sur les restrictions budgétaires. Voir également C.P. Manfredi & A. Maioni, « Courts and Health Policy: Judicial Policy Making and Publicly Funded Health Care in Canada » (2002) 27(2) Journal of Health Politics, Policy and Law » 213.

105 *Supra* note 97.

De même, la contestation présentée par un couple infertile à l'égard d'une décision provinciale de ne pas rembourser certains types de techniques de PA, dans *Cameron v. Nova Scotia*[106], a également été rejetée. Dans cette affaire, le gouvernement provincial avait jugé que les traitements de FIV et de IICS n'étaient pas des services « médicalement nécessaires » et que, par conséquent, ils n'étaient pas visés par le régime provincial d'assurance-santé. Dans une décision majoritaire, la Cour a conclu que l'infertilité était une incapacité et que [TRADUCTION] « le refus de fournir ces traitements au motif qu'ils n'étaient pas médicalement nécessaires créait une distinction fondée sur la caractéristique de l'infertilité »[107]. En outre, cette distinction perpétuait l'idée que les gens infertiles ont moins de valeur. En ce qui concerne l'analyse de l'article premier, la majorité de la Cour a déclaré ce qui suit sur le rôle du gouvernement et la distribution des avantages sociaux :

> [TRADUCTION]
>
> Devant les énormes pressions qui pèsent sur eux, ils doivent « bénéficier d'une certaine souplesse » dans la répartition des avantages sociaux entre les très nombreuses interventions qui entrent en concurrence et les états médicaux auxquels elles répondent. Les décideurs ont besoin de latitude pour bien soupeser les intérêts opposés dans un contexte de restrictions financières. Nous n'avons tout simplement pas les outils pour faire un tri parmi les priorités. Nous ne devrions pas contester leurs décisions sauf dans les cas où il est clair qu'ils n'ont pas réussi à bien soupeser les droits des individus garantis par la *Charte* par rapport à l'objectif global immédiat de l'intention qui sous-tend la Loi. Pour paraphraser le juge Sopinka [...], il serait irréaliste de la part de ce tribunal de présumer qu'il existe des fonds illimités pour répondre aux besoins de tous. Nous sommes nécessairement tenus à beaucoup de retenue à l'endroit des décideurs dans cet exercice[108].

En bout de ligne, la majorité a conclu que l'article premier justifiait la de violation du par. 15(1). L'exclusion des deux traitements était raisonnablement liée à la nécessité de dépenser judicieusement les fonds limités et d'assurer la sécurité et l'efficacité de ces traitements. En outre, il n'y avait qu'une atteinte minimale aux droits des demandeurs étant donné que d'autres traitements étaient disponibles. Enfin, les effets de l'exclusion étaient compensés par les avantages d'une répartition responsable des ressources en soins de santé.

Une décision opposée a été rendue dans *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)*[109]. Les demandeurs, des mineurs atteints d'autisme et leurs parents, faisaient valoir que le refus par les autorités sanitaires de la province de fournir une intervention comportementale intensive précoce dans les cas d'autisme violait aussi bien l'art. 7 que le par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'il y avait violation du par. 15(1). L'interprétation étroite faite par la province des dispositions législatives en matière d'assurance-santé faisait en sorte qu'on n'avait pas pris les mesures nécessaires pour répondre aux besoins en soins de santé des enfants autistes. Le fait qu'on n'ait pas tenu compte de la situation déjà défavorable de ces enfants avait donné lieu à un traitement différentiel, pour le motif énoncé de déficience mentale. En ce qui concerne l'article premier, la Cour a donné raison au juge de première instance et a conclu que la violation n'était pas justifiée. Bien qu'on ne puisse considérer tout refus de rembourser un traitement pour un problème de santé comme un acte de discrimination, le fait de ne pas envisager de rembourser le traitement aux demandeurs constituait une façon d'affirmer que les déficiences mentales dont ils souffraient méritaient moins que d'autres un traitement. En ce qui concerne l'attribution des ressources en soins de santé, la Cour a déclaré qu'elle ne s'en remettrait pas toujours à l'assemblée législative lorsque le respect de la *Constitution* serait en jeu, comme dans ce cas particulier, où les ressources demandées ne représentaient pas une dépense extraordinaire[110]. Cette affaire sera entendue par la CSC dans un avenir rapproché.

---

[106] (1999), 177 D.L.R. (4th) 611 (C.A.N.-É), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1999] A.C.S.C. nº 531.

[107] *Ibid.* à la p. 654.

[108] *Ibid.* à la p. 667.

[109] [2002] B.C.J. Nº 2258 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accueillie [2002] A.C.S.C. nº 510.

[110] *Ibid.* aux par. 57 à 59.

Une question fondamentale qui se pose dans ce type de causes est la mesure dans laquelle l'argument des compressions budgétaires invoqué par le gouvernement résistera à l'analyse de la justification, à la suite en particulier de la déclaration de la CSC selon laquelle les coûts ne pourront servir de justification valable en vertu de l'article premier de la *Charte* que dans de rares cas[111]. Un autre point en cause est la capacité du gouvernement de répartir les ressources limitées de manière à répondre aux besoins des Canadiens en matière de santé. Dans *Cameron*, où la Cour a conclu que la violation ne constituait qu'une atteinte minimale étant donné qu'un remboursement était prévu pour certains traitements de l'infertilité, on a reconnu clairement les réalités économiques et le fait qu'elles pouvaient justifier des violations des droits garantis par la *Charte*, tandis que dans l'affaire *Auton*, où aucun traitement n'était remboursé, la Cour a clairement déclaré que les considérations économiques ne l'emportent pas toujours sur les droits garantis par la *Charte*. Il s'agit d'un secteur du droit en pleine évolution et, jusqu'à présent, la question demeure en suspens.

2.4.3 Droit de bénéficier du progrès scientifique

La *Charte* canadienne ne fait pas mention du droit de profiter des progrès scientifiques. La notion de droits reliés à la science a d'abord été développée au par. 27(1) de la DUDH, qui a servi de modèle pour le par. 15(1) du PIDESC. Le paragraphe 15(1) énonce ce qui suit :

Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

a) De participer à la vie culturelle;

b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;

c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur[112].

L'alinéa 15(1)*b*) du PIDESC est le plus pertinent en ce qui concerne l'accès aux techniques de reproduction[113]. Il faut noter, dès le départ, que la littérature examinant la portée de ce droit ou les obligations qui en découlent pour les États est très maigre. En outre, on ne trouve aucune mention de cet article dans la jurisprudence canadienne.

Un spécialiste a cerné quatre éléments centraux dans l'alinéa 15(1)*b*) à la lumière de l'examen du libellé de la disposition et des travaux préparatoires correspondants. En premier lieu, le droit de bénéficier du progrès scientifique est tributaire de l'existence d'autres libertés telles que la liberté de parole, la liberté de réunion et d'association et la liberté d'accès à l'information. En deuxième lieu, le terme « bénéficier » porte à croire que ce droit devrait viser des applications scientifiques bénéfiques sur le plan social, par opposition à des applications scientifiques nuisibles. En troisième lieu, la jouissance de ce droit devrait être en harmonie avec les normes d'égalité énoncées à l'article 3 du Pacte. Enfin, sans la coopération de la communauté internationale, il ne saurait être question de profiter des progrès scientifiques dans des États où la science n'a pas progressé[114].

Toutefois, même dans le PIDESC, le droit de bénéficier du progrès scientifique n'est pas illimité. L'article 15 renferme trois droits connexes qui peuvent s'opposer. Le conflit éventuel le plus notable est l'opposition entre le droit de bénéficier du progrès scientifique et le droit de bénéficier de la protection de la propriété intellectuelle. On a avancé que le fait d'inscrire ces droits dans le même article traduit l'intention du rédacteur de faire en sorte que ces droits s'équilibrent l'un par rapport à l'autre. Certains spécialistes ont également fait valoir que, pour être en harmonie avec une approche axée sur les droits de la personne, les droits de l'auteur devraient être

---

[111] *Singh c. Canada*, [1985] 1 R.C.S. 177 (C.S.C.); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 aux par. 281 à 285 (C.S.C.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires c. G. [J.])*, *supra* note 62 au par. 100. Pour une analyse détaillée du lien entre l'article premier et les soins de santé, voir : A.L. Karr, « Section 7 of the Charter: Remedy for Canada's Health-Care Crisis? (Part II) » (2000) 58(4) The Advocate 531.

[112] *Supra* note 70 au par. 15(1).

[113] On trouve également des dispositions concernant la participation aux avantages dans la *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 31 I.L.M. 818 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) et dans la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 1997*, Rés. A.G. 53/152, 53e sess. (1998).

[114] R.P. Claude, « Scientists' Rights and the Human Right to the Benefit of Science » in A.R. Chapman & S. Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (New York: Internsentia, 2002) à la p. 255.

subordonnés à une éventuelle contribution au bien commun de la société[115].

En ce qui concerne l'accès aux découvertes scientifiques, un commentateur a fait valoir qu'il n'est pas réaliste de donner à cette disposition une interprétation selon laquelle toute personne aurait le droit de bénéficier de toute découverte scientifique, en particulier à la lumière des restrictions budgétaires des États. En outre, selon cet auteur, le droit général de bénéficier des résultats de la recherche ne se traduit pas par un droit précis d'accès à ces avantages précis[116].

Il est intéressant de noter que le droit de bénéficier du progrès scientifique n'a pas souvent été invoqué par ceux qui réclament un accès aux médicaments dans la lutte contre le VIH/sida[117]. L'accent a plutôt été mis sur le droit à la santé.

Devant l'absence de jurisprudence et le peu d'attention accordée en général au droit de bénéficier du progrès scientifique, on ne peut savoir précisément comment un tribunal canadien répondrait à l'argument selon lequel un individu a le droit d'avoir accès à un traitement ou à une nouvelle technique en vertu de ce droit précis. Ceci est particulièrement vrai si l'on considère l'exercice d'équilibre qui est nécessairement exigé à la lumière de la lecture de l'intégralité de l'article 15 du PIDESC, combiné au fait que le droit de bénéficier du progrès scientifique n'existe pas en soi dans la loi canadienne.

2.4.4 Conclusion

À l'heure actuelle, il semble qu'il n'y ait pas d'obligation concrète pour les États de rembourser les services de PA ou de fournir un accès à ces services, que ce soit dans des instruments nationaux ou internationaux, découlant du droit à l'autonomie en matière de reproduction, du droit à la santé ou du droit de bénéficier du progrès scientifique. Il ressort clairement que le fait de ne pas exercer d'ingérence dans l'accès à la PA diffère considérablement de la prestation effective de ces services à titre de droit.

Toutefois, si l'État réglemente les activités de PA, la mesure dans laquelle il peut limiter l'accès à la PA devient une question dans laquelle les droits de la personne auraient un rôle très important. Par exemple, si l'État adoptait des mesures législatives interdisant que des femmes célibataires, des femmes lesbiennes ou des femmes de plus d'un certain âge aient accès aux services de PA, les principes d'égalité seraient certainement mis en cause. De façon générale, lorsqu'un service est réglementé, il doit être fourni de façon équitable. Toutefois, lorsque des fonds publics servent à fournir le service en question, il peut être acceptable d'imposer des limites dans certaines circonstances.

Qu'il existe ou non des dispositions législatives au Canada en matière de PA, les cliniques qui offrent des traitements de l'infertilité sont tenues de fournir leurs services sans discrimination conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[118] et aux différentes lois provinciales s'appliquant aux droits de la personne.

2.5 Question 2 : Accès à l'information, divulgation d'information et répercussions pour les descendants et les donneurs de matériel reproductif

Des individus et des couples pratiquent l'insémination artificielle avec du sperme de donneur depuis des décennies. Les progrès de la science ont permis plus récemment d'utiliser des ovules et des embryons in vitro de donneuse. L'analyse portera essentiellement sur les dons de sperme, car il s'agit du procédé le plus courant jusqu'à ce jour.

Le don de matériel reproductif soulève des questions juridiques, éthiques et morales d'importance, notamment le conflit entre le souci des donneurs de conserver l'anonymat et le droit des enfants issus d'un don de

---

[115] Z. Lazzarini, « Making Access to Pharmaceuticals a Reality: Legal Options Under TRIPS and the Case of Brazil » (2003) 6 Yale H.R. & Dev. L. J. 103; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, document de travail présenté par A.R. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme : obligations découlant de l'article 15 1)c) » CES NU, 24e sess., Doc. NU E/C.12/2000/12 (2000).

[116] L. Shanner, « The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong » (1995) 40 Revue de droit de McGill 823.

[117] Mais voir Z. Lazzarini, *supra* note 107; celle-ci invoque effectivement l'article 15 du PIDESC pour faire valoir le droit à l'accès aux médicaments. Cet argument n'est pas généralement soulevé en ce qui concerne les médicaments, peut-être à cause de la mention des droits de propriété intellectuelle figurant dans le même article.

[118] L.R. 1985, ch. H-6.

matériel reproductif de connaître leur patrimoine génétique et l'identité du donneur[119].

2.5.1 Situation au Canada

Autrefois, la conception et l'origine génétique des enfants de donneurs étaient souvent entourées de secret, et elles le sont encore de nos jours dans bien des cas. Ce voile de secret rappelle celui qui entourait l'adoption par le passé et qui l'entoure encore, dans une certaine mesure. Les enfants de donneurs sont certes informés de la façon dont ils ont été conçus, mais comme l'entourage possède bien souvent peu d'information sur le donneur, voire aucune, il leur est difficile, sinon impossible, de connaître leurs antécédents médicaux ou leur patrimoine génétique.

Le projet de loi C-13, dont il a été question plus haut dans ce chapitre, a apporté certaines réponses à ces questions. Les donneurs n'auraient plus gardé l'anonymat face à la clinique de traitement de l'infertilité ou au système de réglementation. Le titulaire d'une autorisation et l'agence de réglementation créés en vertu du projet de loi auraient été tenus de conserver des dossiers renfermant des renseignements médicaux nominatifs sur les donneurs, les utilisateurs et les enfants. Le titulaire d'une autorisation (clinique ou médecin) aurait été tenu de recueillir et de conserver les renseignements médicaux requis sur le donneur ou la donneuse avant d'accepter un don de sperme, d'ovule ou d'un embryon in vitro[120].

Selon le projet de loi, les personnes qui envisagent de fonder une famille à l'aide du matériel génétique d'un donneur ou les personnes issues d'un tel matériel auraient eu accès à des renseignements médicaux non nominatifs sur le donneur. L'identité du donneur n'aurait toutefois pas été divulguée sans son consentement écrit[121]. Le projet de loi C-13 aurait permis aux parents des enfants issus de dons de matériel reproductif et aux enfants eux-mêmes d'avoir accès à des renseignements médicaux (notamment des renseignements génétiques) tout en respectant le désir du donneur ou de la donneuse de ne pas divulguer son identité.

2.5.2 Situation dans d'autres pays

Au milieu des années 80, la Suède est devenue le premier pays à accorder aux enfants adultes de donneurs le droit d'obtenir des renseignements nominatifs sur leur donneur de sperme[122]. Les renseignements qui doivent être divulgués à « l'enfant adulte » comprennent l'identité du donneur et des renseignements qui le concernent, par exemple ses caractéristiques physiques. L'Autriche autorise également les enfants des donneurs à obtenir de l'information sur les donneurs de sperme[123].

L'État de Victoria, en Australie, a adopté en 1995 une loi conférant aux enfants issus d'un don de gamètes et à leurs descendants le droit d'avoir accès à des renseignements nominatifs et non nominatifs[124]. La loi confère aussi aux donneurs/donneuses et aux receveurs/receveuses de gamètes et d'embryons in vitro le droit d'avoir accès à des renseignements non nominatifs sur les uns et les autres. Les donneurs/donneuses ou les receveurs/receveuses peuvent uniquement avoir accès à des renseignements nominatifs sur l'autre partie, avec son consentement.

L'Islande a adopté un système double selon lequel les dons peuvent être anonymes ou non, selon le choix du donneur[125]. Dans certains pays cependant, notamment la France, la Norvège et le Danemark, les enfants issus d'un don n'ont accès à aucun renseignement au sujet de leurs parents biologiques[126].

Les États-Unis n'ont pas légiféré au sujet de la divulgation d'information sur les donneurs aux enfants conçus par PA. Certaines associations professionnelles, par exemple l'American Society for Reproductive Medicine, ont

---

[119] Nous aimerions remercier Elaine Ménard, avocate, Section des droits de la personne, de son aide et de ses commentaires précieux sur cette partie du chapitre.

[120] Projet de loi C-13, clause 14. Les renseignements médicaux sont définis ainsi dans la clause 3 du projet de loi C-13 : « l'identité, les caractéristiques personnelles, l'information génétique et les antécédents médicaux des donneurs de matériel reproductif humain ou d'embryons in vitro, ainsi que des personnes ayant eu recours à une technique de procréation assistée ou qui sont issues d'une telle technique ».

[121] Projet de loi C-3, clauses 15, 18.

[122] C. Gottlieb et al., « Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples' attitudes » (2000) 15(9) Human Reproduction 2052.

[123] Il est à noter que les lois suédoise et autrichienne ne s'appliquent qu'aux donneurs de sperme.

[124] *Infertility Treatment Act 1995*.

[125] L. Firth, « Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate » (2001) 16(5) Human Reproduction 818.

[126] *Ibid.*

toutefois formulé des recommandations et des lignes directrices sur le sujet[127]. Certaines banques de sperme américaines offrent des programmes d'insémination par donneur non anonyme selon lesquels des renseignements nominatifs peuvent être divulgués aux enfants des donneurs qui en font la demande à l'âge de 18 ans[128].

Au Royaume-Uni, l'organisme de réglementation créé en vertu de la *HFE Act* recueille des renseignements de base sur les donneurs. Il s'agit notamment du nom, du lieu de naissance, de la date de naissance, de la taille, du poids, du groupe ethnique, de la couleur des yeux, de la couleur de la peau et de la couleur des cheveux. L'organisme note également la profession, la religion et les intérêts du donneur, mais la quantité d'information recueillie dans ces catégories est laissée à la discrétion du donneur. Selon le régime législatif actuel du Royaume-Uni, les enfants des donneurs ne peuvent avoir accès à des renseignements identifiant le donneur. Ils peuvent toutefois savoir, à l'âge de 16 ans, s'ils risquent d'être apparentés à une personne qu'ils ont l'intention d'épouser. À l'âge de 18 ans, ils ont le droit de savoir s'ils sont issus d'un traitement ayant fait appel à un don de matériel reproductif[129].

Le gouvernement du Royaume-Uni a lancé une consultation sur le sujet en 2002, puis il a indiqué qu'il dresserait de nouveaux plans pour permettre aux enfants d'obtenir plus d'information sur leur donneur une fois qu'un complément de recherche aurait été fait[130]. Le gouvernement du Royaume-Uni a annoncé récemment qu'il prévoyait de modifier la loi afin de permettre aux enfants issus d'un don de sperme, d'ovules ou d'embryons postérieur à avril 2005 de connaître l'identité de leur donneur/donneuse à l'âge de 18 ans. C'est en 2023 qu'une première personne de 18 ans pourra avoir accès à cette information[131].

2.5.3 Arguments favorables et défavorables à la divulgation d'information sur le donneur

Les partisans et les adversaires de l'anonymat des donneurs conviennent de la nécessité de fournir des renseignements médicaux et génétiques non nominatifs aux enfants. Mais la divulgation de renseignements nominatifs continue de semer la controverse.

Les partisans d'un programme de don non anonyme évoquent le vide émotif que ressentent les enfants qui ne connaissent pas l'identité du donneur. Ils affirment aussi que la connaissance de l'identité du donneur permet aux enfants de mieux développer leur sentiment d'identité et leur lien avec leurs antécédents biologiques[132]. Ils font valoir que la connaissance de l'identité du donneur peut contribuer en outre à prévenir les relations incestueuses. Ce point revêt une importance particulière puisque, s'il n'y a pas de lignes directrices ni de réglementation, un donneur pourrait être le parent biologique de plusieurs enfants d'une même région géographique qui ignoreraient leur lien de parenté[133].

La nécessité de stimuler les dons figure parmi les arguments les plus souvent invoqués à l'appui du maintien d'un certain anonymat en ce qui concerne le don de gamètes. Les donneurs sont souvent réfractaires à la divulgation de leur identité parce qu'ils craignent d'être tenus légalement responsables des enfants issus du processus. Certains partisans de l'anonymat affirment qu'un système de don non anonyme entraînerait une grave pénurie, voire une absence totale, de donneurs[134]. Ce n'est pas ce qui s'est produit en Suède. Après qu'un système non anonyme eut été introduit dans ce pays, le nombre de donneurs a baissé mais il est revenu à la normale par la suite.

---

[127] Voir American Society for Reproductive Medicine, 2002 Guidelines for Gamete and Embryo Donation, http://www.asrm.org/Media/Practice/practice.html#Guidelines (date de consultation : 26 novembre 2003).

[128] Par exemple, la Sperm Bank of California est ouverte depuis 1982, et des enfants issus de dons de sperme faits à cette banque ont depuis atteint l'âge de 18 ans et ont communiqué avec leur père biologique.

[129] *HFE Act*, *supra* note 14. Voir le document de référence pertinent mis au point par la HFEA, en ligne à : http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Backgroundpapers/Eggdonation

[130] Donor Information Consultation: Providing information about gamete or embryo donors, DoH, 2002; Government Press Release on donor conceived children, issued January 2003, http://www.pm.gov.uk.

[131] « British sperm, egg donors to lose anonymity » *CBC News* (21 janvier 2004), en ligne à : http://www.cbc.ca/stories/2004/01/21/sperm_donors040121 (date de consultation : 13 février 2004).

[132] M.L. Shanley, « Collaboration and Commodification in Assisted Procreation: Reflections on an Open Market and Anonymous Donation in Human Sperm and Eggs » (2002) 36 Law & Soc'y Rev. 257; J. Johnston, « Mum's the Word: Donor Anonymity in Assisted Reproduction » (2002) 11 Health L. Rev. No. 1 151.

[133] K.E. Koehler, « Artificial insemination: In the Child's Best Interest? » (1996) 5 Alb. L. J. Sci. & Tech. 321.

[134] Johnston, *supra* note 132.

La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a indiqué dans son rapport que la diminution du nombre de donneurs posait problème, et elle a recommandé aux provinces d'adopter des mesures législatives prévoyant que le don de sperme met fin aux droits et aux responsabilités du donneur à titre de parent[135].

Jusqu'ici, seuls le Québec, Terre-Neuve et le Yukon ont légiféré pour clarifier le statut juridique des donneurs de sperme et éviter qu'ils ne soient considérés comme parents aux yeux de la loi. Ainsi, le *Code civil* du Québec prévoit sans équivoque qu'il n'y a aucun lien de filiation entre la personne qui fournit du matériel génétique et l'enfant qui en est issu. Mais à Terre-Neuve et au Yukon, un donneur/une donneuse d'ovule ou d'embryon in vitro pourrait être déclaré parent selon la loi. Dans les autres provinces et territoires, un donneur de sperme, d'ovule ou d'embryon in vitro pourrait être déclaré parent selon la loi d'un enfant issu de son matériel reproductif et devoir légalement assurer un soutien. L'Alberta est en voie d'actualiser et de refondre diverses lois provinciales liées au droit de la famille. Les nouvelles mesures législatives, qui ne sont pas encore en vigueur, porteront notamment sur la maternité de substitution et l'insémination artificielle.

Les partisans du maintien d'un système anonyme soutiennent aussi que ce système protège la famille du receveur des intrusions émotives ou juridiques du donneur/de la donneuse de gamètes ou d'embryon in vitro[136]. Le secret a aussi pour effet de protéger et de préserver la relation entre les enfants et le parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant[137].

2.5.4 Enfants issus d'un don de matériel reproductif et droit de connaître son patrimoine génétique

Droit international

En droit international, on s'est fondé sur le paragraphe 7(1) et l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CDE ») pour établir le droit de l'enfant de connaître son patrimoine génétique[138].

L'article 7 se lit ainsi :

> 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
>
> 2. Les États parties veillent à mettre ces droits en oeuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

L'article 8 se lit ainsi :

> 1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.
>
> 2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Bien que les articles 7 et 8 puissent être invoqués pour soutenir toute une gamme d'arguments ou de points de vue sur les droits des enfants, il importe d'en saisir l'origine pour en faire une interprétation juste. L'article 7 avait pour but premier de résoudre le problème de l'apatridie des enfants en exigeant qu'ils soient immédiatement liés à leurs parents[139]. L'article 8 a été conçu pour réunifier les familles séparées. Il visait particulièrement à contrer les actions militaires en Argentine, où des nouveau-nés ont été enlevés à leurs parents à la naissance et donnés à des couples qui appuyaient le régime militaire[140].

---

[135] *Supra* note 9 à la p. 467.
[136] *Supra* note 130.
[137] Johnston, *supra* note 132.
[138] *Supra* note 39 à la p. 199.
[139] J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, (London: Butterworths, 1998) à la p. 314.
[140] *Ibid.*

Article 7 de la CDE

Le terme « parent » n'est défini ni dans cet article ni dans un autre de la CDE. Le manque de clarté découlant de l'absence de définition a amené certains pays à tenter de cerner les paramètres de leur interprétation du terme, particulièrement en ce qui concerne l'adoption ou l'insémination thérapeutique[141], par l'inscription de réserves ou de déclarations.

Le terme « parent » employé au paragraphe 7(1) peut être interprété de deux façons en ce qui concerne les donneurs de matériel reproductif. D'une part, il pourrait désigner la ou les personnes qui ont décidé d'avoir et d'élever un enfant à l'aide d'un don de matériel reproductif par opposition à la personne qui a fait don de matériel reproductif. D'autre part, il pourrait englober les parents génétiques, les parents biologiques et les parents psychologiques (personnes qui ont pris soin de l'enfant pendant une période importante). Les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF estiment que la deuxième définition représente une interprétation raisonnable de cet article de la CDE[142].

Il importe de signaler que le paragraphe 7(1) apporte une réserve (« dans la mesure du possible ») et ne fait pas mention de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'examen des travaux préparatoires révèle que l'expression « dans la mesure du possible » ne figurait pas dans une version antérieure du paragraphe. Elle a été ajoutée une fois que l'on eut soulevé l'impossibilité d'accorder en toutes circonstances un droit absolu de connaître l'identité de son parent. Certains États ont fait valoir, par exemple, que leurs lois autorisaient les « adoptions secrètes » dans le cadre desquelles les enfants adoptés n'avaient pas le droit de connaître l'identité de leur parent biologique[143].

Il a été proposé, au cours de la rédaction du paragraphe, d'inclure la mention de « l'intérêt supérieur de l'enfant », mais l'idée a été rejetée. Selon les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF, l'expression « dans la mesure du possible » figurant au paragraphe 7(1) est plus rigoureuse et moins subjective que l'expression « l'intérêt supérieur de l'enfant » et elle sous-entend que, si possible, les enfants ont le droit de connaître leurs parents, même si ce n'est pas dans leur intérêt supérieur[144]. Les auteurs reconnaissent toutefois que, compte tenu de la nature de l'ensemble de la CDE et, en particulier, de l'article 3 selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale[145], un enfant pourrait se voir refuser le droit de connaître son parent si cette option devait lui causer un tort certain, dans des circonstances extrêmes. Les auteurs signalent également que, pour ce qui est de la connaissance de ses origines, l'intérêt supérieur de l'enfant peut changer avec le temps, particulièrement selon l'âge[146].

Les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF ont énoncé trois situations où le droit de connaître l'identité de son parent ne pourrait pas s'exercer. Premièrement, lorsque le parent ne peut pas être identifié; deuxièmement, lorsque la mère refuse d'identifier le père; et enfin, lorsque l'État détermine que l'identité du parent ne doit pas être révélée (p. ex. adoption secrète et insémination thérapeutique)[147]. Les auteurs affirment que cette dernière option semble restreindre indûment le droit pour l'enfant de connaître ses parents génétiques, et ils rappellent l'exemple de la Suède et de l'Autriche pour montrer que les systèmes non anonymes fonctionnent vraiment[148]. Enfin, l'expression « dans la mesure du possible » sous-entend que, si le donneur peut être identifié, l'enfant devrait pouvoir connaître ses parents biologiques.

---

[141] Par exemple, la République tchèque, CRC/C/2/Rev. 8, p. 28 et la Pologne CRC/C/2/Rev. 8, p. 35.

[142] R. Hodgkin et P. Newell, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* (New York : Fonds des Nations Unies pour l'enfance, 2002) à la p. 117.

[143] Par exemple, les États-Unis, l'ex-République démocratique allemande et l'ex-URSS.

[144] *Supra* note 142 à la p. 117.

[145] L'article 3(1) de la CDE se lit ainsi :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Il importe de noter que la disposition prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être *une* considération primordiale et non *la* considération primordiale. Selon les travaux préparatoires, une version antérieure précisait que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être *la* considération primordiale. Cette formulation a toutefois soulevé des inquiétudes surtout parce que d'autres parties étaient susceptibles d'avoir des intérêts juridiques égaux ou même supérieurs dans certains cas et que des intérêts opposés, notamment ceux de la justice et de l'ensemble de la société, risquaient d'être aussi ou plus importants que ceux de l'enfant.

[146] *Supra* note 142 à la p. 118.

[147] *Ibid.* à la p. 119.

[148] *Ibid.* à la p. 118.

Le Comité des droits de l'enfant a dit craindre, par le passé, que le paragraphe 7(1) ne vienne contredire les politiques de certains États autorisant les donneurs de sperme à conserver l'anonymat[149]. Les propos du Comité sont certes convaincants, mais l'importance qu'il convient de leur accorder soulève énormément de débat.

Article 8 de la CDE

L'article 8 de la CDE mentionne que les trois éléments suivants font partie de l'identité d'un enfant : la nationalité, le nom et les relations familiales. Les concepts de la nationalité et du nom sont généralement bien compris, tandis que celui des « relations familiales [telles qu'elles sont reconnues] par la loi » n'est pas défini dans la CDE et ne semble pas avoir de sens précis. Pour déterminer si l'article 8 établit que les enfants d'un donneur ont le droit de connaître leurs parents génétiques, il faut s'attarder au sens de « relations familiales ».

L'expression « relations familiales » prête à plusieurs interprétations, surtout que la définition de la « famille » varie selon les cultures. On pourrait soutenir qu'il y a lieu de lui donner une interprétation étroite à cause des faits qui sont à l'origine de l'élaboration de l'article 8. Comme on l'a mentionné plus haut, cette disposition a été créée pour résoudre le problème de l'enlèvement de nouveau-nés à leurs parents. Dans le cas de la PA, le parent génétique donne volontairement du matériel reproductif en sachant qu'il ne connaîtra probablement jamais les enfants qui en seront issus. Le donneur/la donneuse n'agit pas sous la contrainte[150].

Pour leur part, les auteurs du Manuel d'application ont conclu que l'expression « relations familiales » signifie que l'identité d'un enfant dépasse le cadre de sa famille immédiate151. Les auteurs soulignent aussi que les enfants peuvent entretenir un certain nombre de relations, fait qui n'est souvent pas reconnu. La connaissance de l'identité du parent biologique n'entre donc pas nécessairement en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant du donneur ou de l'enfant adopté.

L'étude des travaux préparatoires révèle que, à l'étape de la rédaction, un représentant du Mexique a réclamé que l'on définisse au paragraphe 8(1) les engagements des États parties dans des termes plus astreignants. Le représentant a proposé, en particulier, que les éléments biologiques de l'identité soient inclus dans la disposition[152]. Sa proposition n'a cependant pas été retenue.

Bref, l'interprétation des obligations imposées par la CDE semble avoir grandement varié. Certains États parties de la CDE n'ont pas modifié leur législation sur les dons anonymes, tandis que d'autres l'ont fait en invoquant la CDE. Ainsi l'Autriche a modifié ses mesures législatives pour interdire les dons anonymes de sperme afin de se conformer aux obligations énoncées dans la CDE[153].

En Australie, le South Australia Council on Reproductive Technology a mis au point récemment un document de travail traitant de l'accès à des renseignements nominatifs sur les donneurs de matériel reproductif. Les auteurs de ce document ont conclu que les instruments législatifs et réglementaires interdisant l'accès à des renseignements nominatifs sur les donneurs semblaient contrevenir à l'article 8 de la CDE, en particulier à l'expression « des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux »[154]. Compte tenu de cette expression, les auteurs ont indiqué qu'il ne fallait pas dissimuler les aspects biologiques de son identité à un enfant issu d'un don de matériel reproductif.

---

[149] *Ibid.* à la p. 119.

[150] Il est probablement vrai que les donneurs de sperme ne sont pas forcés de faire un don. La situation est cependant moins claire dans le cas des donneuses d'ovules. La contrainte subtile exercée sur les « donneuses » d'ovules, qui ne peuvent avoir accès aux services de FIV qu'en « donnant » leurs ovules, soulève des préoccupations. Il existe actuellement deux modalités. Le *don d'ovules* prévoit qu'une femme qui demande une FIV traverse un cycle où ses ovules sont prélevés, puis donnés. La femme traverse ensuite un autre cycle pour son propre bénéfice à moindre coût. Le *partage d'ovules* prévoit qu'une femme qui demande une FIV traverse un cycle où ses ovules sont prélevés. Certains de ces ovules sont utilisés pour son propre bénéfice, et certains sont donnés à une autre femme. La femme qui donne ses ovules bénéficie d'une réduction des coûts de la FIV. La HFEA a déclaré, le 1er décembre 2003, que le don d'ovules ne se pratiquerait plus. En ligne à : http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Archive/1070272120 (date de consultation : 11 février 2004).

[151] *Ibid.* à la p. 125.

[152] S. Detrick, ed., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux préparatoires"* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992).

[153] *Supra* note 39 à la p. 200.

[154] Australie du Sud, « Conception by Donation: Access to identifying information in the use of donated sperm, eggs and embryos in reproductive technology in South Australia » Document de travail du South Australian Council on Reproductive Technology, avril 2000.

Il est difficile de déterminer exactement dans quelle mesure ces dispositions permettent à un État partie de restreindre l'accès d'un enfant à l'identité de ses parents biologiques. En termes clairs, si ce droit existe, il n'est pas absolu. Il y a des circonstances où l'enfant ne peut connaître son parent, par exemple si ce dernier est mort. En outre, l'interprétation des droits inclus dans la CDE ne semble pas faire l'unanimité au sein des États parties pour ce qui est des enfants issus d'un don de matériel reproductif.

Pour ce qui est des répercussions de la CDE au Canada, la CSC et la Cour d'appel du Québec ont indiqué que le droit international des droits de la personne, y compris la CDE, qu'il soit intégré au droit interne ou non, peut servir à interpréter la législation interne et à procéder au contrôle judiciaire des mesures administratives[155].

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Cour européenne s'est penchée sur l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (« la Convention »), qui inclut le droit à la vie privée et familiale, par rapport à l'accès aux renseignements personnels[156]. Fait important, la Cour n'a pas donné une définition étroite du droit à la vie privée. Elle a plutôt affirmé que ce droit englobe l'intégrité physique et psychologique et peut s'étendre à l'identité physique et sociale. Elle a ajouté que ce droit pouvait, dans une certaine mesure, englober celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables[157].

Dans l'arrêt *Gaskin v. U.K.*[158], le demandeur voulait avoir accès aux dossiers tenus pendant son enfance alors qu'il vivait en famille d'accueil. La Cour a jugé que les renseignements figurant dans les dossiers étaient très personnels et représentaient vraisemblablement sa principale source d'information sur son passé. L'article 8 de la Convention était donc mis en cause. La Cour a déterminé que, au nom du respect de la vie privée, les gens devaient avoir accès à des renseignements portant sur leur identité et que l'État ne devait pas leur faire obstacle sans raison particulière. Elle a donc conclu que le droit à la vie privée et familiale avait été violé.

Mais toutes les affaires où une violation de la vie privée et familiale était alléguée n'ont pas eu une issue favorable devant le tribunal. Dans l'arrêt *Martin v. U.K.*[159], le demandeur voulait avoir accès à des dossiers personnels conservés par les autorités. La Cour a jugé que l'article 8 était mis en cause, mais elle a néanmoins conclu qu'il n'y avait pas d'obligation absolue de divulguer l'information, en grande partie à cause de la politique de divulgation équilibrée adoptée par les autorités.

Allemagne

En 1989, la Cour constitutionnelle allemande a conclu que, en vertu du droit constitutionnel à la vie privée, l'enfant a le droit de connaître l'identité de ses parents[160]. Ce droit à la vie privée n'est pas absolu et peut être restreint par voie de règlements, à condition que les règlements soient bien adaptés à leur objet et ne soient pas promulgués à des fins inconstitutionnelles. Selon cette définition restreinte du droit à la vie privée, le don anonyme de matériel reproductif est interdit[161].

Royaume-Uni

Une cause type a été présentée récemment au Royaume-Uni. Les demandeurs voulaient obtenir des renseignements nominatifs et non nominatifs (l'un des demandeurs réclamait des renseignements limités) au sujet des donneurs de sperme[162]. Les deux demandeurs, un adulte né avant l'adoption de la *HFE Act* et un enfant né après

---

155 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (C.S.C.); *Projet de loi C-7 concernant le système de justice pénale pour les adolescents*, [2003] J.Q. n° 2850 (Cour d'appel du Québec).

156 L'article 8 de la Convention se lit ainsi :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

157 *Niemietz c. Allemagne*, (1992) 16 CEDH 97 au par. 29.

158 (1989) 12 CEDH 36.

159 (1996) 84 D & R 169.

160 E. Deutsch, « Assisted Procreation in German Law » in D. Evans (ed.), *Creating the Child* (London: Kluwer Law International, 1996) à la p. 337; *supra* note 39 à la p. 200.

161 Deutsch, *ibid.* à la p. 338.

162 *R (on the application of Rose and another) v. Secretary of State for Health and another*, [2002] 3 FCR 731 (Q.B. Administrative Court).

l'adoption de cette loi, sont issus d'une insémination par donneur. Ils affirmaient que l'article 8 et, dans une certaine mesure, l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[163] s'appliquaient à leur cas.

L'audience visait à déterminer si ces droits étaient mis en cause. Après avoir examiné les diverses décisions internes et européennes portant sur l'article 8, qui protège le foyer et le droit à la vie privée et familiale, la Cour a énoncé les principes généraux suivants :

[TRADUCTION]

- Le droit au respect de la vie privée et familiale doit s'entendre comme le droit de connaître les détails de son identité d'être humain. Ce droit inclut celui de connaître ses origines et de pouvoir les comprendre. Il englobe également l'identité physique et sociale et l'intégrité psychologique.

- Le respect de la vie privée et familiale englobe, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec ses semblables.

- Même s'il n'y a aucune autre relation qu'un lien biologique non identifié, l'article 8 peut s'appliquer quand même[164].

La Cour a donc conclu que l'article 8 était mis en cause par rapport aux renseignements nominatifs et non nominatifs. Elle a cependant ajouté que la question de savoir si l'article 8 avait été violé était tout à fait différente et ne faisait pas l'objet de la cause. Une fois le jugement rendu, la cause a été suspendue en attendant l'issue de la consultation tenue par le gouvernement du Royaume-Uni au sujet de la divulgation de renseignements sur le donneur à ses enfants.

Canada

Étant donné que la *Charte* ne s'applique qu'aux mesures gouvernementales, les droits de la personne qu'elle protège ne s'appliquent pas pour l'heure aux activités de PA parce qu'elles ne sont pas réglementées[165]. La *Charte* s'appliquerait toutefois si des mesures gouvernementales, par exemple l'adoption de mesures législatives, empêchaient un descendant de connaître l'identité de son parent biologique. Le projet de loi C-13 aurait permis à un descendant de connaître l'identité du donneur, mais seulement si ce dernier avait donné son consentement écrit.

Si le gouvernement devait réintroduire et promulguer le projet de loi C-13 ou un autre semblable, il faudra trancher une question essentielle sur le plan des droits de la personne, soit celle de savoir si le droit du descendant à la sécurité de sa personne aux termes de l'article 7 de la *Charte* est violé par l'interdiction de connaître l'identité du donneur sans son consentement.

Comme il n'y a pas de loi sur la PA pour l'instant, il n'y a pas de jurisprudence au sujet des droits des descendants ou du donneur aux termes de la *Charte*. Il existe toutefois une certaine jurisprudence au sujet de l'adoption. La situation des enfants adoptés et celle des descendants d'un donneur présentent certes des ressemblances et des différences, mais il n'en reste pas moins que cette jurisprudence constitue un bon point de départ pour analyser l'existence du droit de connaître son parent biologique[166].

La première étape de l'analyse de l'article 7 consiste à déterminer s'il y a eu privation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et, partant, à examiner les répercussions qu'aurait le fait de ne pas

---

[163] Conformément à l'annexe 1 de la *Human Rights Act, 1998* du Royaume-Uni. L'article 8 est cité plus haut.L'article 14 se lit ainsi :

> La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

[164] *Supra* note 162 au par. 45.

[165] Voir cependant le *Règlement sur le traitement et la distribution du sperme destiné à la reproduction assistée*, *supra* note 3, pris en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*. Ce règlement porte sur la collecte et la distribution du sperme.

[166] La Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a souligné dans son rapport les différences suivantes entre les enfants adoptés et les enfants issus d'un don de matériel reproductif :

> Les enfants adoptés n'ont aucun lien biologique avec leurs parents tandis que les enfants issus d'une ID sont élevés par leur mère biologique. Dans le cas d'une adoption, un enfant déjà au monde est placé parce que sa mère est incapable de l'élever. L'adoption consiste à trouver une famille pour un enfant qui existe déjà, tandis que l'ID est un moyen auquel on recourt délibérément pour avoir un enfant.

connaître l'identité de son parent biologique. Dans l'affirmative, il faut déterminer si cette privation est conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. v. D.D.W.*[167], un individu accusé d'inceste a soutenu que les dispositions relatives à la confidentialité de l'*Adoption Act* provinciale enfreignaient la sécurité de sa personne. L'accusé a tenté d'avoir accès aux dossiers d'adoption de la plaignante afin de prouver qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant. La Cour a jugé que la sécurité de la personne de l'accusé était mise en cause, mais que les dispositions de la loi relatives à la divulgation étaient conformes aux principes de justice fondamentale.

Dans l'affaire *Ferguson v. Director of Child Welfare et al.*[168], une adulte qui avait été adoptée voulait connaître l'identité de sa mère biologique. La Cour a jugé que les dispositions de la loi en matière de confidentialité devaient être respectées, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui ne sauraient se limiter à la curiosité naturelle de la personne adoptée. La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit à cette décision et a ajouté que l'article 7 de la *Charte* n'avait pas d'incidence sur la disposition particulière
de la loi en question.

Par contre, dans la décision *Ross v. Prince Edward Island (Supreme Court, Family Division, Registrar)*[169], la Cour a autorisé une personne adoptée de 18 ans à consulter son dossier d'adoption. La loi en vigueur au moment de son adoption ne traitait pas de la divulgation. La Cour a conclu que la personne adoptée [TRADUCTION] « devrait avoir le droit de connaître son patrimoine » et [TRADUCTION] « que ni ses parents naturels ni ses parents adoptifs ne devraient avoir le droit de la tenir dans l'ignorance au sujet de ses antécédents[170] ». Aucune allusion à la *Charte* n'a cependant été faite dans cette décision.

Les tribunaux n'ont pas conclu, dans la jurisprudence très restreinte (et ancienne) dont nous disposons en ce qui concerne les dossiers d'adoption, que la sécurité de la personne aux termes de l'article 7 comprenait le droit de connaître son patrimoine génétique. Ils ont toutefois explicité depuis la portée du droit à la sécurité de la personne, en particulier du point de vue de l'intégrité psychologique.

Dans le contexte criminel, il est bien établi que la sécurité de la personne englobe son intégrité psychologique[171]. De plus, la CSC a eu l'occasion récemment de se prononcer sur la portée du droit à la sécurité de la personne des parents dans des causes portant sur la protection des enfants. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (« G.(J.) »)[172], la Cour suprême a reconnu que le droit à la sécurité de la personne protège l'intégrité physique et psychologique et que l'article 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles. La Cour a pris soin de préciser que les ingérences de l'État dans la relation parent-enfant ne constituent pas nécessairement une violation de la sécurité de la personne du parent. L'action de l'État doit avoir « des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne » plus graves « qu'une tension ou une angoisse ordinaires », ce qui était le cas en l'espèce[173]. Un an plus tard, la Cour a appliqué le raisonnement de l'arrêt *G.(J).* dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.* (« K.L.W. »)[174], et elle a conclu que l'appréhension d'un enfant imposait plus qu'une tension et une angoisse ordinaires à la mère et que, par conséquent, la sécurité de la personne de la mère était mise en cause. La Cour a également reconnu dans *G.(J.)* et *K.L.W.* que, compte tenu du lien qui unit la vie de l'enfant et celle du parent, la sécurité de la personne de l'enfant risque aussi d'être mise en cause s'ils sont séparés[175].

Les affaires susmentionnées, qui traitent de la protection des enfants, doivent être distinguées d'autres cas où

---

167 [1994] B.C.J. No. 3284 (C.A.C.-B.).
168 (1983), 40 O.R. (2d) 294 (C.C. Ont.).
169 [1985] P.E.I.J. No. 1 (C.S.Î.-P.-É.).
170 *Ibid.* au par. 24.
171 *R. c Morgentaler*, *supra* note 60; *Rodriguez c. R.*, [1993] 3 R.C.S. 519 (C.S.C.).
172 *Supra* note 63.
173 *Ibid.* au par. 60.
174 [2000] 2 R.C.S. 519 (C.S.C.)
175 *Supra* note 63 au par. 76; *ibid.* au par. 12.

l'ingérence de l'État dans la relation parent-enfant n'a pas mis en cause la sécurité de la personne du parent, notamment ceux où un enfant a été incarcéré ou conscrit[176]. L'arrêt *Augustus c. Gosset*[177], dans lequel la CSC a jugé que le meurtre par négligence d'un enfant par l'État (un policier) ne mettait pas en cause les droits garantis au parent par l'article 7 de la *Charte*, en est un exemple. Dans *G.(J.)*, le juge en chef Lamer (titre qu'il avait à l'époque) a concilié ces deux issues opposées en établissant des distinctions au sujet des répercussions ou du « préjudice » subi par le parent. Il a souligné que dans les affaires portant sur la garde des enfants, par exemple *G. (J.)* ou *K.L.W.*, le parent est étiqueté publiquement comme incapable de prendre soin de son enfant, ce qui met en cause la sécurité de sa personne. Dans les autres exemples, par contre, qui traitent de l'incarcération ou du meurtre d'un enfant par l'État, ce dernier ne porte pas atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent et ne s'ingère pas dans l'intimité du lien parent-enfant [178].

Cette jurisprudence permet de mieux cerner le sens du droit du parent à la sécurité de sa personne. Mais c'est la sécurité de la personne de l'enfant qui est en cause dans le cas du droit de l'enfant d'un donneur de connaître ses parents. Les scénarios énoncés plus haut dans lesquels, selon la Cour, la sécurité de la personne du parent a été violée s'appliquent-ils à la sécurité de la personne de l'enfant? Dans le cas du premier scénario, où l'État fait une déclaration publique au sujet de la capacité parentale, il est difficile d'imaginer que l'État déclare publiquement l'enfant inapte à remplir son rôle dans la relation parent-enfant. Le deuxième scénario, où l'État s'ingère dans l'intimité du lien parent-enfant, ne s'applique pas non plus dans le cas des enfants d'un donneur, car l'État ne pourrait s'ingérer dans aucun lien existant.

Il importe aussi de noter que la Cour n'est pas prête à donner une définition large de la sécurité de la personne. Dans *G.(J.)*, le juge en chef Lamer (titre qu'il avait à l'époque) a affirmé qu'une définition large de la sécurité de la personne aurait pour effet d'exposer le gouvernement à une augmentation des contestations et de banaliser les droits protégés par la Constitution. La Cour a statué en outre, dans l'arrêt *Blencoe*, que la protection contre le genre de stress et d'angoisse que le demandeur a éprouvés en raison des délais imputables à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne « ne devrait pas être élevée au rang de droit constitutionnel garanti par l'art. 7 »[179].

La décision du gouvernement de n'autoriser la divulgation de l'identité du donneur qu'avec son consentement écrit, dont témoigne le projet de loi C-13, pourrait nuire à l'intégrité psychologique de certains enfants de donneur, mais ne causer aucun stress ni angoisse à d'autres.

Si un tribunal concluait que la sécurité de la personne d'un enfant était violée, il tenterait de pondérer ses droits par rapport à ceux des autres parties en cause, par exemple la famille du donneur et celle du receveur, dans l'analyse des principes de justice fondamentale.

Il importe enfin de poser la question plus large de savoir si l'article 7 de la *Charte* s'étend à des violations survenues à l'extérieur du système de justice et de son administration. La question a été soulevée récemment dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (P.G.)*[180]. L'une des questions posées dans cette affaire visait à déterminer si le régime d'aide sociale du Québec en vigueur dans les années 80 contrevenait aux droits garantis par l'article 7 au groupe des moins de 30 ans. La majorité a conclu que la condition habituelle de l'application de l'article 7, soit le fait que l'administration de la justice soit en jeu, n'était pas remplie. Même si la juge en chef, s'exprimant au nom de la majorité, s'est reportée à la déclaration de l'ex-juge en chef Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*[181], selon laquelle l'article 7 pourrait assurer la protection des droits économiques fondamentaux à la survie humaine, elle a centré son analyse sur les droits positifs plutôt que sur les droits négatifs. La question de savoir si une revendication aux termes de l'article 7 doit être liée à l'administration de la justice n'a donc pas été tranchée. Il est clair que la CSC n'a pas de donné de réponse définitive à cette question. La question se pose donc toujours de savoir si les droits garantis par

---

[176] *Supra* note 63 au par. 63; R.J. Sharpe, K.E. Swinton & K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law Inc. 2002) à la p. 184.
[177] [1996] 3 R.C.S. 268 (C.S.C.).
[178] *Ibid.* au par. 64.
[179] *Blencoe*, *supra* note 63 au par. 97.
[180] [2002] CSC 84.
[181] [1989] 1 R.C.S. 927 (C.S.C.).

l'article 7 sont mis en cause par rapport à la sécurité de la personne de l'enfant d'un donneur.

2.5.5 Donneurs de matériel reproductif humain et droit à la vie privée

Droit international

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) renferment des dispositions de protection semblables contre les immixtions arbitraires dans la vie privée, la famille, le domicile ou la correspondance[182]. Bien que la jurisprudence canadienne ne s'y reporte généralement pas, elles peuvent guider et faciliter l'interprétation du droit à la vie privée inscrit dans les articles 7 et 8 de la *Charte*.

États-Unis

En Californie, le droit d'un donneur de sperme à la vie privée a été contesté récemment. L'arrêt *Johnson v. The Superior Court of Los Angeles County, et al.*[183] portait sur un enfant de six ans issu d'une insémination par donneur chez lequel on avait diagnostiqué une maladie rénale d'origine génétique, liée au donneur de sperme anonyme. La preuve a révélé que la banque de sperme connaissait les antécédents familiaux de maladie rénale du donneur, mais continuait à utiliser son sperme. Les Johnson ont poursuivi la banque de sperme pour rupture de contrat, fraude et négligence. Au cours des interrogatoires préalables, la famille receveuse a tenté d'obtenir de la banque de sperme de l'information sur l'identité et les antécédents médicaux du donneur. La banque de sperme a refusé, alléguant que cette divulgation aurait enfreint le droit à la vie privée du donneur. À l'aide d'un détective privé, les Johnson ont retrouvé le donneur présumé et ont tenté de le forcer à faire une déposition et à produire des documents. C'est cette question qui a été soumise à la Cour.

La Cour a reconnu que le donneur de sperme et sa famille bénéficiaient d'un droit à la vie privée garanti à la fois par la Constitution de la Californie et la Constitution fédérale. Elle a reconnu en outre que les antécédents médicaux et la divulgation de l'identité appartenaient à la sphère établie de la vie privée. La Cour a cependant déclaré que l'attente raisonnable de respect de la vie privée du donneur se trouvait diminuée du fait qu'il avait fourni plus de 320 échantillons à la banque de sperme. La Cour a conclu que le donneur ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce que ses antécédents médicaux et même son identité ne soient pas révélés compte tenu du nombre considérable de dons qu'il avait faits.

La Cour a affirmé que le droit à la vie privée existait effectivement, mais qu'il n'était pas absolu. Il faut pondérer ce droit par rapport à d'autres intérêts impérieux de l'État. La Cour en a énoncé un certain nombre en l'espèce, notamment celui de protéger la santé et la sécurité des enfants issus d'un don de matériel reproductif. La Cour a conclu que ces intérêts l'emportaient sur le droit à la vie privée du donneur, et elle a ordonné au donneur de faire une déposition et de produire des documents. La Cour a cependant fait valoir que cette conclusion ne signifiait pas pour autant que l'identité du donneur devait être révélée. Elle a recommandé que la déposition soit livrée devant un public restreint et que la transcription désigne le donneur sous le nom de « Pierre Untel ». L'identité des membres de la famille du donneur ne devait pas être révélée non plus.

Canada

La *Charte* ne s'applique pas actuellement aux activités de PA parce que la plupart de ces activités ne sont pas financées ni réglementées par l'État. Elle s'appliquerait toutefois si le gouvernement adoptait des mesures législatives touchant l'anonymat du donneur. Le projet de loi C-13 n'aurait permis aux enfants d'un donneur de connaître l'identité du donneur qu'avec le consentement de ce dernier. En cas contraire, ils n'auraient pu recevoir que des renseignements non nominatifs, ce qui préserve l'anonymat du donneur. Comme le donneur sait avant le don que des renseignements non nominatifs seront divulgués à ses enfants et que des renseignements nominatifs ne seront fournis qu'avec son consentement, il risque peu de pouvoir alléguer une violation de son droit à la vie

---

[182] L'article 12 de la DUDH se lit ainsi :

> Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

L'article 17 du PIDCP se lit ainsi :

> 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
> 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

[183] 80 Cal. App. 4th 1050 (Court of Appeal of California 2000).

privée. Mais si des mesures législatives abolissant rétroactivement l'anonymat du donneur étaient adoptées, qu'adviendrait-il des droit de la personne? Le donneur pourrait-il alléguer que ces mesures législatives contreviennent à son droit à la vie privée?

Comme il a été mentionné précédemment, il n'existe pas de jurisprudence canadienne sur le droit à la vie privée des donneurs de matériel reproductif. L'examen des principes généraux des articles 7 et 8 de la *Charte* révèle qu'il serait bon d'étudier à la fois les droits à la liberté et à la sécurité de la personne[184].

La CSC a reconnu que le droit à la liberté garanti par l'article 7 comprend à la fois le droit à la liberté physique et le droit de prendre des décisions personnelles sans intervention de l'État[185]. Ce droit à la vie privée en ce qui concerne les décisions personnelles ne fait pas l'objet d'une définition large, et il se limite aux décisions qui « impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »[186].

La question fondamentale qui se pose est la suivante : si l'on adoptait une loi exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité des donneurs de gamètes, le tribunal protégerait-il l'anonymat du donneur en considérant la décision de faire un don anonyme comme une décision personnelle fondamentale, lui assurant ainsi la protection de la *Charte*?

La jurisprudence relative à l'autonomie en matière de reproduction offre une analogie utile pour déterminer si la décision de faire un don de matériel reproductif devrait être considérée comme une décision personnelle fondamentale digne de protection. Bien que la majorité de la CSC ait tranché l'affaire en se fondant sur d'autres motifs, la juge Wilson, parlant en son propre nom, a reconnu, dans l'arrêt *Morgentaler*, que la décision de subir un avortement était une décision personnelle fondamentale qui relevait du droit à la liberté. Selon la jurisprudence américaine, les décisions relatives à la reproduction méritent une protection spéciale. Il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, mais les jugements rendus jusqu'à maintenant indiquent que l'intervention de l'État dans la décision personnelle de faire un don de matériel reproductif pourrait être considérée comme une intervention dans une décision personnelle fondamentale.

Le droit du donneur à la sécurité de sa personne pourrait aussi être mis en cause si l'on adoptait une loi autorisant la divulgation de l'identité du donneur sans son consentement. La CSC a reconnu que la sécurité de la personne englobait l'intégrité psychologique. Comme on l'a mentionné plus haut, il faut que l'acte de l'État « ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne »[187].

Les donneurs de sperme sont soumis à une sélection et à des analyses rigoureuses, et ils font généralement plusieurs dons aux banques de sperme. Ils sont donc souvent le « parent biologique » de plusieurs enfants. L'octroi aux enfants du droit de connaître leur identité sans leur consentement pourrait causer une certaine angoisse au donneur. L'intervention des enfants pourrait en outre avoir des conséquences émotives importantes sur la famille du donneur et des répercussions financières sur le donneur si eux-mêmes ou leur parent social exigeait une pension alimentaire pour enfants.

Un tribunal conclurait-il que le droit du donneur à la sécurité de sa personne est mis en cause en l'absence d'un régime législatif éliminant le don anonyme? Il est difficile de le dire. Il faudrait tenir compte de plusieurs facteurs, et notamment se demander si ce régime aurait un effet rétroactif.

Si l'on adoptait une loi exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité des donneurs à des tiers, l'article 8 de la *Charte*, qui assure une protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, pourrait aussi être

---

[184] Il est probable que, au 1er janvier 2004, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, de ressort fédéral, s'appliquera aussi aux cliniques de traitement de l'infertilité qui recueillent et conservent des renseignements personnels sur les donneurs, sauf au Québec. Le Québec a été exclu de l'application de cette loi parce qu'il a instauré une loi très semblable, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

[185] *Morgentaler*, *supra* note 60; *B. (R.)*, *supra* note 63; *Godbout*, *supra* note 63; *Blencoe*, *supra* note 63.

[186] *Godbout*, *ibid.*, au par. 66; *Blencoe*, *ibid.* au par. 54.

[187] *Supra* note 63 au par. 60.

[188] *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.).

mis en cause. L'article 8 a pour objet de protéger les individus contre l'intrusion injustifiée de l'État dans leur vie privée[188]. Deux questions essentielles se posent lors d'une analyse aux termes de l'article 8. Premièrement, la partie qui affirme que cet article a été violé a-t-elle une attente raisonnable par rapport à la vie privée? Deuxièmement, l'intervention de l'État dans cette attente par rapport à la vie privée est-elle raisonnable?

Les attentes par rapport à la vie privée se situent dans des contextes différents. Mais la CSC a reconnu qu'une personne pouvait avoir des attentes raisonnables à l'égard de la protection des renseignements personnels[189]. Dans l'arrêt *R. c. Plant*, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé ce qui suit :

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu[190].

Il est clair que toute intervention de l'État exigeant rétroactivement la divulgation de l'identité d'un donneur de matériel reproductif à ses enfants mettrait en cause l'article 8 de la *Charte*.

2.5.6 Conclusion

Il ressort de cette analyse que les droits des enfants issus de la PA et ceux des donneurs de matériel reproductif sont reliés et risquent de s'opposer. Il importe donc de trouver un juste équilibre entre les deux afin de maximiser les avantages de la PA tout en réduisant au minimum ses conséquences négatives.

2.6 Question 3 : Le statut de l'embryon in vitro

Les coûts médicaux, matériels et psychologiques d'un traitement de fécondation in vitro sont élevés. Souvent, dans le but de réduire ces coûts, le médecin prélève, par chirurgie, plusieurs ovules chez la patiente, lesquels sont ensuite fécondés. Cependant, en raison du risque de grossesse multiple, seuls quelques embryons in vitro peuvent être implantés dans l'utérus de la femme. Comme nous l'avons vu précédemment, les embryons restants sont cryoconservés ou « congelés » pour utilisation future[191]. À ce jour au Canada, on évalue à plus de 15 000 le nombre d'embryons congelés in vitro conservés à l'échelle du pays[192]. Malheureusement, des litiges peuvent survenir quant au sort des embryons congelés, en particulier lors de la séparation du couple ou du décès d'un des conjoints.

Dans cette section, nous examinerons la question des droits de la personne par rapport aux embryons in vitro selon différentes perspectives, soit celle du donneur du matériel reproductif dans un premier temps, puis celle de l'embryon in vitro lui-même dans un deuxième temps.

2.6.1 Les droits des donneurs de matériel reproductif et des couples receveurs par rapport à l'embryon in vitro

Comme nous l'avons déjà mentionné, les personnes ou les couples demandent des services de PA pour diverses raisons. Dans certains cas, les deux partenaires ne peuvent donner de matériel reproductif pour produire l'embryon in vitro, dans d'autres cas, un seul membre du couple peut le faire, et dans d'autres cas, les deux peuvent le faire. Par conséquent, plusieurs scénarios différents peuvent se présenter. D'abord, trois parties distinctes pourraient intervenir dans la création de l'embryon in vitro, soit deux donneurs de matériel reproductif et un receveur ou un couple receveur. Puis, deux parties distinctes pourraient intervenir, soit un donneur de matériel reproductif et un couple receveur, dont un membre pourrait également donner du matériel reproductif. Enfin, le couple pourrait agir seul dans les cas où

---

189 *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417 (C.S.C.).

190 *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 à la p. 293 (C.S.C.).

191 La cryoconservation est le processus par lequel les embryons sont congelés à long terme dans l'azote liquide. Pour plus de renseignements sur la cryoconservation, voir K. LaGatta, « The Frozen Embryo Debate Heats Up: A Call for Federal Regulation and Legislation » (2002) 4 Fl. Coastal L.J. 99.

192 F. Baylis, et al., « Cryopreserved Human Embryos in Canada and their Availability for Research » (2003) 25(12) Canadian Journal of Obstetrics and Gynaecology 1026.

les deux membres du couple peuvent donner leur propre matériel reproductif mais utilisent simplement les services de reproduction assistée pour améliorer les chances de succès de la grossesse.

Aucune jurisprudence n'a encore été établie au Canada en ce qui concerne les litiges entre parties privées quant aux embryons in vitro congelés selon les scénarios décrits précédemment. Cependant, compte tenu du nombre élevé d'embryons in vitro conservés actuellement au Canada, on peut légitimement s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à trancher un litige de cette nature. Il n'existe pas de jurisprudence non plus quant à l'ingérence de l'État dans les droits des géniteurs, laquelle ferait intervenir plus directement les instruments traditionnels de protection des droits de la personne régissant les relations entre l'État et ses citoyens.

États-Unis

La jurisprudence américaine varie en ce qui concerne les litiges entre parties privées quant aux embryons in vitro. Certaines des décisions rendues dans le cadre de ces litiges reposent sur les principes du droit des contrats, tandis que d'autres reposent sur l'équilibre entre les droits des parties privées, lequel est essentiellement basé sur le concept de l'autonomie en matière de reproduction ou de procréation, soit le droit d'une partie de procréer par opposition au droit de l'autre partie de ne pas procréer.

Dans *Davis v. Davis*[193], les deux parties ont fait valoir leur droit respectif de procréer et de ne pas procréer en invoquant le droit à la liberté et à la vie privée garanti dans la Constitution. En réponse, la Cour suprême du Tennessee a élaboré un critère permettant de concilier les droits de chacune des parties en matière de procréation. La Cour a conclu que dans la plupart des cas, le droit de ne pas procréer devrait l'emporter. Cependant, si la partie revendiquant le droit de procréer a l'intention d'utiliser des embryons *in vitro* congelés pour son usage personnel et si elle peut démontrer qu'elle n'a pas d'autres « moyens raisonnables » d'avoir des enfants, la Cour peut privilégier le droit de procréer[194].

Essentiellement, la Cour a conclu qu'en cas de litige quant au sort des embryons in vitro congelés, les intentions exprimées par les donneurs dans toute entente antérieure devraient être respectées. Cependant, en l'absence d'entente antérieure, il faudrait se baser sur le critère de l'équilibre des droits[195].

L'approche retenue par la Cour dans ce litige, à savoir concilier le « droit de procréer » et le « droit de ne pas procréer », est étonnante, puisque les droits prévus dans la Constitution américaine s'appliquent aux relations entre l'État et ses citoyens plutôt qu'entre des parties privées. Les efforts faits par la Cour en vue de concilier les « intérêts » divergents des parties semblent légitimes, mais le fait d'utiliser le langage des « droits » sans expliquer clairement l'application de la Constitution suscite de la confusion.

Bien que le critère de l'équilibre élaboré dans *Davis* ait été largement reconnu, les tribunaux américains n'ont pas appliqué d'une manière uniforme les ententes antérieures conclues par les couples concernant le sort des embryons. Par exemple, dans *Kass v. Kass*[196], M^me^ Kass voulait « garder » les embryons congelés du couple pour implantation future, tandis que M. Kass demandait l'exécution de l'entente antérieurement conclue par le couple concernant le sort des embryons, laquelle stipulait qu'en cas de litige, les embryons seraient donnés à des fins de recherche. La Cour d'appel de New York était d'accord avec la décision rendue dans *Davis* et a maintenu que, en général, les ententes antérieures devraient être respectées afin de maximiser la liberté de procréer en conférant aux donneurs de sperme et d'ovules le pouvoir de décider du sort des embryons, lequel, de l'avis de la Cour, est une « question de choix très personnel »[197].

Par contraste, dans *A.Z. v. B.Z.*[198], la Cour suprême du Massachusetts a conclu que l'entente concernant le sort des embryons n'était pas exécutoire pour plusieurs raisons, et surtout parce qu'elle ne reflétait vraisemblablement pas l'intention des donneurs, compte tenu des

193 842 S.W. 2d 588 (Supreme Court of Tennessee 1992). L'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême des É.-U. a été refusée.
194 *Ibid.* à la p. 604.
195 *Ibid.*
196 696 N.E. 2d 174 (N.Y. Court of Appeals 1998).
197 *Ibid.* à la p. 180.
198 725 N.E. 2d 1051 (Supreme Judicial Court of Massachusetts 2000).
199 *Ibid.* à la p. 1058.

circonstances dans lesquelles elle avait été signée. Fait encore plus important, la Cour a souligné que les ententes prévoyant la « procréation forcée » ne devraient pas être exécutoires pour des raisons d'intérêt public[199].

Une décision semblable a été rendue dans *J.B. v. M.B.*[200], où le mari a allégué que le couple avait convenu, dans le cadre d'une entente verbale, de donner les embryons in vitro surnuméraires à un couple stérile. La Cour suprême du New Jersey a maintenu que si un couple veut conclure une entente préalable, il doit rédiger une déclaration d'intention claire en ce sens. En l'absence de contrat exécutoire, la Cour a utilisé le critère de l'équilibre énoncé dans *Davis*. La Cour a conclu qu'étant donné que le mari était déjà père et qu'il était encore capable de procréer, il ne serait pas privé de la réalisation de son droit de procréer. En revanche, le droit de la femme de ne pas procréer serait définitivement éteint si les embryons in vitro étaient donnés à un couple stérile[201]. La Cour a refusé de forcer la femme à « devenir un parent biologique contre son gré »[202]. Ainsi, le droit de la femme de ne pas procréer l'a emporté.

Canada

Les droits des donneurs de matériel reproductif, en l'occurrence les embryons in vitro congelés créés à partir de leur matériel reproductif, pourraient éventuellement dépendre largement du statut ou de la classification de l'embryon in vitro. Par exemple, si l'on adoptait une loi prévoyant que les embryons in vitro congelés pourraient être saisis par la Couronne [203], et si les embryons in vitro étaient considérés comme la « propriété » de leurs géniteurs, le droit de jouissance de la propriété et le droit de ne pas être privé de cette propriété sauf dans le cadre de l'application régulière de la loi prévus dans la Déclaration canadienne des droits[204], pourraient être invoqués[205].

En revanche, si l'on adoptait une loi entravant les choix des géniteurs en matière de procréation[206], indépendamment du statut de l'embryon in vitro, le concept du droit à l'autonomie en matière de procréation, protégé par l'art. 7 de la *Charte* au titre du droit à la liberté, serait certes invoqué.

Analyse

Les litiges décrits précédemment concernaient des embryons in vitro créés à partir du matériel reproductif de couples qui voulaient utiliser l'embryon in vitro pour leur propre usage à un moment donné.

Il n'existe aucune jurisprudence concernant des litiges traitant d'embryons in vitro qui n'ont pas été créés à partir du matériel reproductif du couple auquel les embryons étaient destinés. Les litiges concernant les cas où le matériel reproductif du couple n'a pas été utilisé pour créer l'embryon in vitro seraient probablement réglés de la même manière que dans les cas où le matériel reproductif utilisé pour créer l'embryon in vitro provient du couple qui veut utiliser ce dernier pour son propre usage.

En ce qui concerne l'application des instruments traditionnels de protection des droits de la personne aux litiges concernant les embryons in vitro, si l'État devait tenter de réglementer ou de contrôler l'utilisation de l'embryon in vitro créé à partir du matériel reproductif du couple, le droit à la liberté du couple en matière de procréation serait certainement invoqué. De plus, dans les cas où l'embryon n'a pas été créé à partir du matériel reproductif du couple qui voulait l'utiliser, il est probable que le droit du couple à l'autonomie en matière de procréation serait également invoqué si l'État tentait de réglementer ou de contrôler l'utilisation de l'embryon in vitro, indépendamment du fait qu'un des couples, ou les deux, ne seraient pas les parents génétiques de l'embryon in vitro.

---

[200] 751 A. 2d 613 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2000), version modifiée confirmée, 783 A. 2d 707 (N.J. 2001).

[201] *Ibid.* à la p. 717.

[202] *Ibid.*

[203] La « saisie par la Couronne » était prévue dans le paragraphe 50(1) du projet de loi C-13, selon lequel l'inspecteur désigné par la loi pouvait saisir tout matériel, défini comme étant « un embryon ou toute partie de celui-ci, un fœtus ou toute partie de celui-ci ou tout matériel reproductif humain qui existe en dehors du corps d'un être humain, ou tout autre matériel, s'il avait des motifs raisonnables de croire qu'ils avaient servi ou donné lieu à une infraction à la loi en question. En vertu du paragraphe 50(2), l'inspecteur pouvait ordonner que le matériel saisi soit entreposé sur les lieux ou qu'il soit transféré dans un autre lieu approprié.

[204] S.C. 1960, ch. 44, al. 1*a*).

[205] Pour la dernière décision de la CSC concernant la *Déclaration canadienne des droits*, voir *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] CSC 39 (CSC).

[206] Par exemple, une législation qui rend l'implantation obligatoire.

Une dernière question se pose en ce qui concerne les droits des donneurs du matériel reproductif dans les cas où ils ne sont pas les couples receveurs. Comment les litiges entre un donneur de sperme ou une donneuse d'ovules et le couple receveur qui a utilisé le matériel reproductif donné pour créer un embryon in vitro pour son propre usage seraient-ils réglés? Il s'agirait, dans ces cas également, de litiges entre parties privées et, par conséquent, les instruments traditionnels de protection des droits de la personne ne seraient pas directement applicables. Le règlement de ces litiges dépendrait probablement essentiellement du consentement donné par le donneur et de l'entente conclue entre le donneur et le couple receveur, ou plus vraisemblablement entre le donneur et la clinique ou l'établissement médical concerné.

Conclusion

Dans les litiges concernant le pouvoir de décider du sort des embryons in vitro, il faut manifestement concilier les intérêts des différents donneurs. Cependant, les instruments de protection des droits de la personne, comme la *Charte*, qui régissent les liens entre l'État et ses citoyens, ne seraient pas applicables à des litiges purement privés entre donneurs. Cependant, si l'État intervenait éventuellement dans la réglementation des activités de procréation assistée et dans les litiges subséquents concernant les embryons in vitro, alors les instruments traditionnels de protection des droits de la personne seraient applicables.

La jurisprudence américaine, peu abondante, indique que les intérêts d'une partie de ne pas procréer l'emportent généralement sur les intérêts de l'autre partie de procréer, en l'absence d'une entente, et dans certains cas, même s'il existe une entente. Si un litige survenait au Canada concernant des embryons in vitro, nos tribunaux pourraient s'inspirer du modèle américain pour établir un critère semblable en vue de concilier les intérêts divergents en jeu ou élaborer une approche purement canadienne.

2.6.2 Le statut juridique de l'embryon in vitro

En ce qui concerne l'embryon in vitro, la première question à trancher est celle de savoir si celui-ci a des droits ou non. Pour déterminer si les droits de la l'objet d'une protection spéciale, et 3) l'embryon en tant que personne[207].

2.6.2.1 L'embryon in vitro en tant que propriété

Selon cette approche, l'embryon in vitro est considéré comme la propriété des deux personnes dont le matériel reproductif a été utilisé pour créer l'embryon ou des personnes ou des couples auxquels l'embryon in vitro a été donné à des fins de procréation. Dans le cadre de cette approche, les principes du droit des biens régissent l'utilisation ou le sort de l'embryon in vitro[208]. Essentiellement, l'approche fondée sur le droit des biens reconnaît au donneur de sperme et à la donneuse d'ovules ou au couple receveur l'autorité conjointe de décider du sort de l'embryon in vitro[209].

Plusieurs rapports traitant des questions éthiques, juridiques et sociales liées à la PA ont rejeté l'application de la notion de propriété aux embryons in vitro. Par exemple, dans le Rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, la Commission a rejeté l'idée d'utiliser les concepts de la propriété pour déterminer le sort des embryons in vitro. Elle a notamment déclaré ce qui suit dans son rapport :

> La Commission est d'avis que les produits de reproduction ne devraient jamais être considérés comme des biens, parce que l'utilisation d'expressions comme « droit de propriété » et « propriété » laisse supposer que les zygotes humains peuvent être considérés comme des objets, ce qui est contraire aux principes de respect de la vie et de la dignité humaines, et de non-commercialisation de la reproduction. Par conséquent, la Commission croit qu'en ce qui a trait aux zygotes humains, les questions

---

207 E.A. Pitrolo, « The Birds, The Bees, And the Deep Freeze: Is there International Consensus in the Debate Over Assisted Reproductive Technologies? » (1996) 19 Hous. J. Int'l L. 147 at 200; J.F. Daar, « Regulating Reproductive Technologies: Panacea or Paper Tiger? » (1997) 34 Hous. L. Rev. 609 at 634; S. Fiandaca, « In Vitro Fertilization and Embryos: The Need for International Guidelines » (1998) 8 Alb. L.J. Sci. & Tech. 337 at 360; L. Brandimarte, « Sperm Plus Egg Equals One "Boiled" Debate: Kass v. Kass and The Fate of the Frozen Pre-Zygotes » (2000) 17 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 767 at 775; L.B. Andrews, « Regulating Reproductive Technologies » (2000) 21 J. Legal Med. 35.

208 K.H. Windsor, « Disposition of Cryopreserved Preembryos After Divorce » (2003) 88 Iowa L. Rev. 1001, p. 1010.

209 *Ibid.*

> complexes de droit de regard et d'autorité décisionnelle doivent être envisagées dans un cadre conceptuel qui reconnaît clairement que les zygotes ne sont pas des biens[210].

La Commission a en outre indiqué que l'idée de considérer les embryons in vitro comme des biens comporte plusieurs inconvénients. Elle a notamment souligné ce qui suit :

> Un régime fondé purement sur le droit de la propriété donnerait aux « propriétaires » de zygotes non seulement un droit de regard, mais également toutes les autres prérogatives rattachées au droit de propriété. Par exemple, les propriétaires d'un bien sont généralement autorisés à donner ou à vendre ce bien, à le léguer à leurs héritiers, à le détruire ou à faire des expériences sur lui, à l'entreposer et à partager les profits de la recherche qui se fait sur lui. Ces implications d'un régime s'inspirant purement du droit des biens et de la propriété sont clairement inacceptables[211].

Fait intéressant, un grand nombre des activités caractéristiques d'un régime fondé purement sur le droit de la propriété mentionnées par la Commission, comme le droit de détruire, d'entreposer, de léguer, ou de donner un embryon in vitro, sont autorisées actuellement dans un grand nombre de pays.

Le rapport Waller, préparé à l'intention de l'État australien de Victoria, indique que [TRADUCTION] « le comité est d'avis que le couple dont l'embryon est conservé n'est pas considéré comme étant le propriétaire ou l'autorité responsable de l'embryon »[212].

Cet avis est partagé par les auteurs du rapport Demack, commandé par l'État australien de Queensland. Le comité a déclaré que [TRADUCTION] « les donneurs de gamètes ne peuvent être considérés comme ayant un droit de propriété sur les gamètes »[213].

Enfin, le comité Warnock du R.-U. a souligné ce qui suit concernant l'approche fondée sur le droit de la propriété :

> [TRADUCTION]
>
> L'application du concept de la propriété aux embryons humains nous semble peu souhaitable. Nous recommandons l'adoption d'une loi visant à veiller à ce que le droit de la propriété ne puisse être invoqué en ce qui concerne les embryons humains. Cependant, le couple qui conserve un embryon pour son propre usage devrait être considéré comme ayant des droits, quoique assortis de certaines réserves, quant à l'utilisation et à la disposition de l'embryon[214].

États-Unis

En général, les tribunaux américains n'approuvent pas l'utilisation d'une approche fondée sur le droit de la propriété pour déterminer le sort des embryons in vitro. Cependant, dans le cadre d'une requête pour rejet présentée dans *York v. Jones*[215], qui a fini par être réglée hors cour, le tribunal aurait effectivement approuvé cette approche. Dans cette affaire, le couple a subi une procédure de FIV à la clinique défenderesse en Virginie, laquelle a échoué. Le couple a ensuite déménagé en Californie et a tenté de faire transférer son dernier embryon in vitro congelé dans une clinique en Californie. La clinique défenderesse a refusé la demande. Le couple a intenté une action en justice contre la clinique pour rupture de contrat et rétention illicite, motif d'action spécifiquement lié au droit de la propriété. Le couple avait conclu avec la clinique en Virginie une entente de cryoconservation stipulant que la responsabilité de décider du sort de l'embryon appartenait au couple et qu'en cas de divorce, le règlement quant aux biens

---

210. *Supra* note 9 à la p. 674.
211. *Ibid.* à la p. 707.
212. Victoria, Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues arising from *In Vitro* Fertilization, (The Waller Committee), Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization, 1984, p. 27.
213. Queensland, Special Committee (The Demack Report), Report to Enquire into the Laws Relating to Artificial Insemination, In Vitro Fertilization and Other Related Matters, 1984, p. 77.
214. Royaume-Uni, Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (The Warnock Committee), Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, 1984, p. 56.
215. 717 F. Supp. 421 (U.S. Dist. Ct. Eastern Dist. Virginia 1989)

s'appliquerait aux embryons. L'entente stipulait en outre que la clinique n'entreposerait les embryons in vitro que durant la période pendant laquelle le couple participerait au programme de FIV. Le tribunal a tenu compte du fait que dans l'entente, l'embryon in vitro était systématiquement désigné comme étant la « propriété » du couple et a donc conclu que l'entente constituait un contrat de dépôt entre le couple et la clinique[216]. Étant donné qu'un dépôt donne ouverture à une action pour rétention illicite en cas de refus de la partie concernée de céder le bien exigé, la Cour a refusé la requête pour rejet au motif que le droit d'action était fondé[217].

Le tribunal a utilisé l'approche fondée sur le droit de la propriété *dans York v. Jones* afin de conférer au donneur de sperme et à la donneuse d'ovules plutôt qu'à un tiers le pouvoir de décider du sort de leur embryon. Toutefois, cette décision n'est d'aucun secours dans des litiges où ce sont le donneur de sperme et la donneuse d'ovules qui divergent d'avis quant au sort de leur embryon in vitro.

Cette approche, fondée sur le droit de la propriété, adoptée dans *York v. Jones*, contraste avec l'approche utilisée dans *Moore v. The Regents of the University of California*[218], une des causes les plus célèbres concernant droit de propriété sur son corps. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Californie devait trancher la question de savoir si M. Moore avait des droits de propriété sur ses substances corporelles, y compris le sperme, les tissus et les organes prélevés par son médecin ou fournis à ce dernier au cours d'un traitement pour la leucémie.

La Cour devait trancher deux questions. Elle devait d'abord déterminer si le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire de divulguer tous les renseignements pertinents avant d'obtenir le consentement de M. Moore. Elle devait ensuite déterminer si les défendeurs avaient commis un délit de détournement en s'appropriant un bien appartenant à M. Moore (soit ses cellules) et en le détournant. La Cour n'a eu aucune difficulté à conclure que le médecin avait manqué à son obligation de divulguer tous les renseignements pertinents à M. Moore. Quant à la question du détournement, elle a posé plusieurs difficultés.

Bien que la majorité des juges aient concédé que M. Moore avait peut-être « un certain droit de regard concernant l'utilisation des cellules prélevées »[219], ils ont conclu que les droits de M. Moore étaient mieux protégés par l'obligation d'obtenir un consentement éclairé avant de procéder à tout acte médical. Soucieux de préserver l'accès à ce matériel à des fins de recherche, la majorité des juges ont conclu que M. Moore ne pouvait plus être considéré comme ayant des droits de « propriété » ou de « possession » à l'égard des cellules dans le contexte de l'allégation de détournement. Ils ont néanmoins souligné qu'il ne fallait pas interpréter leur décision comme « signifiant qu'une personne ne peut jamais invoquer le droit de propriété à l'égard des cellules prélevées, quelles que soient les utilisations visées »[220].

Il est évident que la question de l'intérêt public a été un facteur important dans cette décision. En particulier, la Cour était manifestement consciente des conséquences négatives potentielles sur l'accès des chercheurs à la matière première nécessaire à des fins de recherche si M. Moore avait eu gain de cause en ce qui concerne le délit de détournement. Les conséquences pour la recherche auraient été désastreuses. Les chercheurs seraient tenus d'obtenir le consentement de l'ancien « propriétaire » du matériel et de conclure éventuellement un contrat avec ce dernier pour pouvoir utiliser ce matériel à des fins de recherche, puis le rémunérer si la recherche donnait des résultats[221]. Par conséquent, la majorité des juges ont conclu qu'il fallait privilégier le recours fondé sur l'obligation du médecin de divulguer les renseignements pertinents pour trancher cette affaire.

Il est évident que l'utilisation d'une approche purement fondée sur le droit de la propriété pour trancher les litiges concernant le sort des embryons in vitro congelés présente maintes difficultés, dont l'application du droit de la famille concernant le partage des biens en ce qui a trait aux embryons in vitro en cas de dissolution d'une union et l'application du droit successoral en cas de décès de l'un des donneurs avant l'implantation. De plus, si l'approche

---

216 *Ibid.* à la p. 425.
217 *Ibid.* à la p. 427.
218 271 Cal. Rep. 146 (Cour suprême de la Californie 1990).
219 *Ibid.* à la p. 158.
220 *Ibid.* à la p. 160.
221 *Ibid.* aux p. 154-155.

purement fondée sur le droit de la propriété était acceptée, les embryons in vitro pourraient faire, et feraient fort probablement, l'objet de transactions commerciales.

2.6.2.2 L'embryon *in vitro* en tant qu'entité *sui generis*

L'opinion selon laquelle l'embryon in vitro est une entité *sui generis* ou unique découle de la croyance qu'un embryon in vitro est unique et mérite plus de déférence que d'autres tissus ou organes humains, puisqu'il peut éventuellement devenir un être humain. Cependant, étant donné qu'il n'a pas atteint le stade de développement qui fera de lui un être humain, son statut se situe quelque part entre celui du bien et celui de la personne[222].

Cet avis était partagé par un certain nombre de comités créés pour examiner les questions liées à la PA. Par exemple, la Commission royale du Canada sur les nouvelles techniques de reproduction a déclaré que « les règles juridiques ayant trait aux zygotes ou embryons devraient être conçues de manière à garantir que ces derniers sont traités avec respect en tant que forme de vie humaine potentielle »[223].

La Commission Waller de Victoria et la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud ont également adopté cette position. La Commission Waller a souligné que bien qu'un embryon in vitro soit une entité unique, il n'est pas une personne[224]. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud a déclaré [TRADUCTION] « nous acceptons le statut particulier de l'embryon, et reconnaissons que son utilisation – à des fins d'implantation, de conservation ou de recherche devrait faire l'objet d'une considération spéciale »[225].

Dans le cadre de son examen de la recherche sur les embryons, le comité Warnock du R.-U. a déclaré que [TRADUCTION] « il faudrait conférer un statut particulier à l'embryon humain »[226].

Droit international

Le seul instrument international qui fait spécifiquement mention des embryons in vitro est la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, à laquelle le Canada n'est pas partie[227]. Cette Convention comprend une disposition concernant spécifiquement la recherche sur les embryons in vitro, sujet qui sera étudié plus en détail dans le prochain chapitre. L'article 18 stipule que :

> Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci doit assurer une protection adéquate de l'embryon. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite[228].

L'existence même de cette disposition, et la décision d'insérer cette disposition à la suite d'articles qui traitent de la protection des personnes qui se prêtent à des recherches, doivent être soulignées. On pourrait effectivement alléguer que si les embryons in vitro avaient le statut de personne, une disposition distincte visant à les protéger n'aurait aucune raison d'être. Or, l'inclusion d'une disposition visant spécifiquement à protéger les embryons in vitro laisse supposer que bien que les embryons in vitro ne soient pas des personnes, le fait qu'ils ont le potentiel de devenir des êtres humains leur confère une protection particulière qui n'est pas habituellement conférée aux biens.

États-Unis

L'affaire *Davis v. Davis*[229], examinée précédemment, est l'une des principales causes concernant un litige entre d'anciens partenaires quant au sort des embryons in vitro. Lors du procès, le tribunal a conféré aux embryons in vitro le statut de personne et autorisé M^me^ Davis à les utiliser pour implantation, conformément à ses intentions à l'époque. La décision du tribunal a été portée en appel, et à la date à laquelle la Cour suprême du Tennessee en a été saisie, le couple avait divorcé et M^me^ Davis voulait que les embryons in vitro soient donnés à un couple stérile, alors que M. Davis voulait qu'ils soient détruits.

En l'absence d'une législation ou d'une entente quant au sort des embryons, qui aurait pu la guider, la Cour suprême du Tennessee a examiné le statut juridique d'un embryon in vitro congelé. Elle a conclu que l'embryon

---

222 Daar, *supra* note 207 à la p. 634.
223 *Supra* note 9 à la p. 706.
224 *Supra* note 212 à la p. 27.
225 New South Wales, Law Reform Commission, Report 58, Artificial Conception Report 2 – In Vitro Fertilization, (1987), p. 27.
226 *Supra* note 214 à la p. 63.
227 *Supra* note 88. Le Canada n'est pas partie à cette Convention.
228 *Ibid.* à l'article 18.
229 *Supra* note 193.

in vitro ne devrait pas être considéré comme un bien, pas plus qu'il ne devrait avoir le statut juridique de personne. Les embryons in vitro devraient plutôt être classés dans une catégorie spéciale permettant de [TRADUCTION] « garantir qu'ils sont traités avec respect en tant que forme de vie humaine potentielle »[230]. En ce qui concerne les intérêts du donneur de sperme et de la donneuse d'ovules, la Cour a conclu que ces derniers n'ont pas un « droit de propriété réel » mais plutôt « un intérêt tenant de la nature de la propriété, dans la mesure où ils ont le pouvoir de décider du sort des pré-embryons, dans les limites de l'intérêt public défini par la loi »[231].

La question des dons de gamètes a été étudiée dans le contexte de la succession d'une personne décédée. Dans *Hecht v. Superior Court of Los Angeles County*[232], la Cour devait déterminer si la conjointe du défunt (M^me^ Hecht) ou ses enfants adultes avaient un droit de regard sur le sperme congelé du défunt. Ce dernier avait déposé du sperme dans une banque de sperme. Il avait conclu une entente selon laquelle, en cas de décès, la banque conserverait son sperme ou le remettrait à son liquidateur, M^me^ Hecht ou à son médecin. Dans son testament, le défunt léguait à M^me^ Hecht tous les « droits, titres et intérêts » à l'égard du sperme conservé.

Le tribunal successoral a ordonné la destruction du sperme. M^me^ Hecht a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de la Californie, qui a refusé de se baser sur la décision rendue dans l'affaire *Moore*, où le tribunal avait allégué que la personne décédée n'avait aucun droit de propriété ou de possession à l'égard de son sperme[233]. Le tribunal a plutôt conclu, à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Davis*, que la personne décédée avait un intérêt à l'égard de son sperme conservé, et que bien qu'il ne soit pas visé par [TRADUCTION] « le droit général des biens personnels, le sperme fait partie d'une catégorie intermédiaire qui lui garantit un respect particulier en tant que matériel pouvant contribuer à créer une vie humaine[234].

Par conséquent, le tribunal a conclu qu'au moment du décès, le défunt avait un intérêt tenant de la nature de la propriété, de sorte qu'il avait le pouvoir de décider du sort du sperme dans les limites de l'intérêt public défini par la loi[235]. Le tribunal a tiré sa conclusion en se fondant sur l'opinion de l'American Fertility Society selon laquelle il appartient aux donneurs de décider du sort des gamètes et des produits de conception[236]. Le tribunal s'est également inspiré de la position de l'American Fertility Society quant au sort des embryons in vitro selon laquelle ces derniers doivent être traités avec un respect plus grand que dans le cas des tissus humains mais moins grand que dans le cas des personnes proprement dites[237].

Trois ans plus tard, M^me^ Hecht a dû s'adresser de nouveau à la Cour d'appel afin d'obtenir tout le sperme congelé de son conjoint décédé[238]. Ce litige découlait de l'entente conclue par les parties quant aux biens. La Cour a réaffirmé sa position antérieure selon laquelle le matériel génétique est une catégorie de « bien » particulière et qu'il ne peut faire l'objet d'un partage entre plusieurs parties, ce qui irait à l'encontre des volontés expresses du défunt. Elle a notamment déclaré que [TRADUCTION] « le sperme d'un homme ou les ovules d'une femme ou les embryons d'un couple ne peuvent être assimilés à un lopin de terre, à une somme d'argent ou à une limousine. Les règles qui sont appropriées pour décider de la manière de disposer de ces derniers ne sont pas nécessairement appropriées pour décider du sort des premiers »[239]. Ainsi, l'intention du donneur de sperme, même lorsque celui-ci est décédé, détermine le sort et l'utilisation du sperme[240].

France

Les tribunaux français se sont également colletés avec la question du statut juridique du sperme et des embryons in vitro conservés. Dans *Parapalaix c. Centre d'étude et de conservation du sperme*[241], le tribunal français a défini le sperme comme l'« essence de la vie », qui est rattachée à

---

230 *Ibid.* à la p. 596.
231 *Ibid.* à la p. 597. On utilise souvent l'expression « pré-embryon » lorsque l'embryon a moins de quatorze jours.
232 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Ct. App. 1993).
233 *Ibid.* à la p. 279.
234 *Ibid.* à la p. 281.
235 *Ibid.* à la p. 283.
236 *Ibid.* à la p. 282.
237 *Ibid.* à la p. 282.
238 *Hecht v. Superior Court*, 59 Cal. Rptr. 2d 222 (Cour d'appel de la Californie 1997).
239 *Ibid.* à la p. 226.
240 *Ibid.* aux p. 226 – 227.
241 *Supra* note 42.

la liberté fondamentale de l'être humain de procréer et de ne pas procréer[242]. En l'occurrence, le tribunal a conclu que l'utilisation du sperme conservé doit être déterminée en fonction des intentions du donneur.

Presque une décennie plus tard, les tribunaux français ont été appelés à trancher la question du statut des embryons in vitro dans l'affaire *M^me^ O. c. CECOS*[243]. Dans cette affaire, un couple avait fait conserver des embryons in vitro à l'établissement défendeur. Le mari est décédé avant l'implantation des embryons, et l'établissement a refusé de remettre les embryons à *M^me^ O.* pour implantation. Le tribunal de grande instance a maintenu qu'un embryon fécondé [TRADUCTION] « ne peut être considéré comme une entité juridique pour les parents »[244]. Il a même déclaré que les embryons in vitro ne sont pas la propriété conjointe du couple[245].

Actuellement, la reconnaissance de l'embryon in vitro comme une entité *sui generis* semble être le point de vue le plus généralement admis dans la littérature universitaire. Ce statut intermédiaire entre un bien au sens pur et une personne à proprement parler, selon divers universitaires, confère un juste respect à une entité qui a le potentiel de devenir un être humain[246].

2.6.2.3 L'embryon in vitro en tant que personne

Enfin, certains sont d'avis que l'embryon est une personne juridique à part entière et qu'il jouit du droit inviolable à la vie. Certaines personnes sont d'avis que ce statut s'applique dès le moment de la conception. D'autres estiment qu'il s'applique à un stade donné du développement (p. ex. lorsqu'apparaît la ligne primitive le 15^e^ jour).

Convention américaine relative aux droits de l'homme

L'Organisation des États américains (OEA) est une organisation internationale créée par les États d'Amérique du Sud et d'Amérique centrale. En 1969, la Conférence sur les droits de la personne de l'OEA a adopté la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CARDH)[247], qui est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Bien que les É.-U. soient membre de l'OEA, ils ont signé mais n'ont pas encore ratifié la CARDH.

L'article 4.1 de la CARDH stipule que :

> Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie.

Cette disposition est importante étant donné qu'il s'agit du seul instrument régional qui prévoit spécifiquement que le droit au respect de la vie doit être protégé à partir de la conception.

Australie

Le statut du fœtus en Australie est le même que dans d'autres pays de common law. Dans *Marriage of: F. Husband and F. Wife Injunctions*[248], le tribunal a conclu que [TRADUCTION] « le fœtus n'a pas de personnalité juridique et qu'il ne peut avoir des droits avant de naître et d'exister en dehors du corps de sa mère[249]. Comme au Canada, les tribunaux australiens ont reconnu que le fœtus a un intérêt éventuel à l'égard du droit de la responsabilité délictuelle. Cependant, l'intérêt ne se concrétise qu'après que le fœtus est né vivant[250].

Royaume-Uni

Le sort des embryons in vitro congelés a récemment été traité dans une affaire hautement médiatisée au R.-U[251]. Deux femmes voulaient utiliser leurs embryons in vitro congelés contre la volonté de leurs anciens partenaires, qui avaient retiré leur consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons. L'un des arguments présentés au nom des femmes était que le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des

---

242 *Supra* note 43 à la p. 686.
243 TGI de Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994 II 22250, 169.
244 *Ibid.* à la p. 169.
245 *Supra* note 43 à la p. 690.
246 J. Coleman, « Playing God or Playing Scientist: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Embryological Procedures » (1996) 27 Pac. L. J. 1331, p. 1343.
247 Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 U.N.T.S. 123 (entrée en vigueur le 8 juillet 1978).
248 (1989) 13 Fam. L.R. 189 (Fam. Ct. of Australia).
249 *Ibid.* au par. 31. Cette affaire réitère la thèse avancée dans *Attorney-General ex relation Kerr v. T.* (1983) 1 Qd R 404.
250 *Watt v. Rama*, (1972) VR 353.
251 *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and others; Hadley v. Midland Fertility Services Ltd and others*, [2003] EWHC 2161 (Fam. Div.).

droits de l'homme et des libertés[252], était applicable à l'embryon. Bien que les demandeurs aient concédé qu'un embryon in vitro n'est pas un être humain, ils ont allégué qu'il a un « statut particulier » méritant la protection d'un droit « conditionnel » à la vie en vertu de l'article 2[253]. Le tribunal a examiné la jurisprudence du R.-U. traitant du statut juridique du fœtus, laquelle indique que le fœtus, quelle que soit l'étape de son développement, ne peut exister en dehors du corps de sa mère et ne peut donc jouir du droit à la vie. Le tribunal a conclu, à la lumière de cette jurisprudence, que l'embryon in vitro ne peut, lui non plus, être considéré comme une personne[254]. L'embryon in vitro ne peut non plus être considéré comme jouissant d'un droit à la vie ou d'un droit « conditionnel » à la vie[255].

États-Unis

Dans *Roe v. Wade*[256], la Cour suprême des É.-U. a conclu que le terme « personne » contenu dans le quatorzième amendement de la Constitution américaine ne comprend pas la personne qui n'est pas encore née[257]. Cependant, la Cour a effectivement reconnu l'intérêt de l'État à protéger l'enfant non encore né. Elle a donc établi le « critère du trimestre », qui vise à concilier le droit de la mère au respect de la vie privée et l'intérêt de l'État à protéger la vie de l'enfant à naître. Selon ce critère, durant le premier trimestre de la grossesse, l'État ne peut intervenir dans la décision de la femme de se faire avorter. Cependant, au troisième trimestre, l'État peut intervenir très énergiquement pour préserver la vie du fœtus[258].

En 1992, la Cour suprême des É.-U. a confirmé les principes énoncés dans *Roe v. Wade dans Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*[259]. Elle a toutefois substitué au critère du trimestre le critère de la viabilité. La Cour a effectivement conclu que l'État a un intérêt continu à protéger la vie, qui commence à partir de la conception et qui devient impérieux au stade où le fœtus est viable. Avant que le fœtus soit viable, l'État peut régir l'avortement dans la mesure où il ne « porte pas indûment atteinte » au droit de la femme de choisir de mettre fin à sa grossesse. Lorsque le fœtus devient viable, l'État peut intervenir plus énergiquement[260].

Certains États américains ont adopté une législation concernant la PA. Cependant, la Louisiane est le seul État qui considère l'embryon in vitro comme une personne à part entière. En Louisiane, il existe une loi qui dispose que les embryons in vitro sont des êtres humains biologiques qui doivent être protégés au même titre qu'une « personne juridique »[261]. De plus, en tant que personne juridique, l'embryon in vitro peut poursuivre en justice et être poursuivi en justice. Par conséquent, les embryons in vitro ne sont pas la propriété des médecins, de la clinique de FIV ou des donneurs de gamètes. Toutefois, le médecin ou l'établissement médical qui conserve l'embryon in vitro congelé, sont responsables de le garder en lieu sûr. La loi prévoit également que les embryons in vitro ne doivent pas être détruits intentionnellement et qu'ils devraient être offerts pour adoption si les donneurs renoncent à leurs droits parentaux[262].

France

L'affaire *M^me^ P. c. La Grave Hôpital*[263] concerne une entente visant la conservation d'un embryon in vitro, conclue entre un couple et l'hôpital défendeur, qui stipulait que les deux parties devaient consentir au préalable à l'implantation. Le mari est décédé, et sa femme a allégué que l'entente devait être écartée étant donné que la vie commence au moment de la conception et que des considérations d'intérêt public favorisaient l'implantation de l'embryon in vitro, une vie conçue. Le tribunal a décidé que la loi française ne considère pas les embryons in vitro congelés comme capables de jouir de droits[264]. Par conséquent, il a ordonné la destruction des embryons.

---

252 Adopté dans la U.K. *Human Rights Act 1998*.
253 *Supra* note 251 au par. 174.
254 *Ibid.* au par. 178.
255 *Ibid.*
256 *Supra* note 52.
257 *Ibid.* à la p. 158.
258 *Ibid.* à la p. 163.
259 505 U.S. 833 (U.S. S.C. 1992).
260 En 2000, la Cour suprême des É.-U. a réaffirmé les principes énoncés dans *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* dans *Stenberg v. Carhart*. Dans cette affaire, une faible majorité des juges ont conclu que l'interdiction, par l'État, d'obtenir un avortement thérapeutique durant la période de non viabilité porte indûment atteinte au droit de la femme de choisir de mettre fin à sa grossesse.
261 La. Rev. Stat. Ann. [ss.] 9:121 – 9:133 (1991). Pour une analyse de la législation de la Louisiane, voir : T.S. Jost, « Rights of Embryos and fœtus in Private Law » (2002) 50 Am. J. Comp. L. 633.
262 *Ibid.*
263 CA Toulouse, 18 août 1994, J.C.P. 1995, II, 224072, 301.
264 *Supra* note 43 à la p. 690.

Europe

La Commission européenne des droits de l'homme a traité du droit à la vie du fœtus dans deux affaires. Dans *X. v. U.K.*[265], le demandeur, un citoyen du R.-U., a tenté d'obtenir une injonction pour empêcher sa femme de se faire avorter. Le tribunal a rejeté sa demande parce qu'une injonction ne peut être accordée que pour protéger un droit légal. Il a déclaré qu'un fœtus n'a pas de droits légaux avant de naître et d'exister en dehors du corps de sa mère. En outre, le père n'avait aucun droit légal, en vertu de la législation du R.-U., d'empêcher la mère de se faire avorter.

Le père a saisi la Commission de l'affaire, alléguant que la législation du R.-U. violait plusieurs articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, dont l'article 2, qui protège le droit de « toute personne » à la vie. En ce qui concerne l'expression « toute personne » utilisée dans l'article 2, la Commission a souligné que tant l'usage général de l'expression « toute personne » dans la Convention…que le contexte dans lequel cette expression est utilisée dans l'article 2…tendent à appuyer l'opinion selon laquelle elle ne comprend pas la personne qui n'est pas encore née »[266].

Quant à la question de savoir si « le droit à la vie » ne s'applique qu'aux personnes déjà nées ou s'il s'applique également au fœtus, la Commission a souligné les trois interprétations possibles : 1) l'article 2 ne vise pas le fœtus; 2) le fœtus jouit du « droit à la vie », sous certaines réserves; ou 3) le fœtus jouit du « droit [absolu] à la vie »[267].

La Commission a conclu que la reconnaissance du droit absolu du fœtus à la vie irait à l'encontre du but et de l'objet de la Convention[268]. Elle s'est néanmoins abstenue d'indiquer laquelle des deux autres interprétations devait être retenue.

La Commission a été saisie d'une affaire semblable dans *R.H. v. Norway*[269]. Dans cette affaire, la Commission a indiqué que le tribunal constitutionnel de l'Autriche avait conclu que l'article 2 ne protégeait pas les personnes qui ne sont pas encore nées, contrairement au tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne[270]. Dans ce cas également, la Commission a refusé de se prononcer quant à la question de savoir si l'article 2 de la Convention protège le fœtus, tout en soulignant que [TRADUCTION] « ce pourrait être le cas dans certaines circonstances, malgré les divergences d'opinion importantes des États signataires concernant la question de savoir si, ou dans quelle mesure, l'article 2 protège les personnes qui ne sont pas encore nées[271].

Allemagne

L'Allemagne a conféré le statut d'être humain à l'embryon in vitro dans la loi sur la protection de l'embryon[272]. Dans la Loi, la dignité humaine et le droit à la vie sont garantis à l'embryon humain à partir de la fécondation. Par conséquent, la Loi interdit l'utilisation des embryons in vitro à des fins autres que leur maintien et leur survie[273].

Canada

Il n'existe pas de jurisprudence canadienne traitant du statut juridique des embryons in vitro. Étant donné qu'il n'existe pas de législation actuellement réglementant les embryons in vitro, la *Charte* ne s'applique pas. Cependant, si une législation était adoptée, la jurisprudence traitant du statut juridique du fœtus et de la question de savoir si le droit à la vie, garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'applique, est un point de départ.

Dans l'arrêt *Borowski c. Procureur général du Canada*[274], M. Borowski contestait la validité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement au motif qu'elles enfreignaient le droit à la vie du fœtus garantis par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu qu'un fœtus n'est pas une personne en droit. De plus, le

---

265 13 mai 1980, App. No. 8416/78.
266 *Ibid.* au par. 9.
267 *Ibid.* au par. 17.
268 *Ibid.* au par. 21. Voir également B.E. Hernandez, "To Bear or Not to Bear: Reproductive Freedom as an International Human Right" (1991) 17 Brook. J. Int'l L. 309, p. 333.
269 19 mai 1992, App. No. 17004/90.
270 *Ibid.* au par. 26.
271 *Ibid.* au par. 25.
272 *Loi sur la protection de l'embryon* du 13 décembre 1990.
273 Goethe-Institut Zentrale, http://www.goethe.de/kug/buw/fut/thm/en37295.htm (date de consultation 26 novembre 2003); Pitrolo, *supra* note 207 à la p. 190.
274 (1987), 39 D.L.R. (4e) 731 (Cour d'appel de la Sask.). L'autorisation d'en appeler devant la CSC a été accordée dans cette affaire, mais la CSC a conclu que la question était purement théorique et que l'appelant n'avait plus qualité pour comparaître. Par conséquent, elle a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire.

mot « chacun » dans l'art. 7 et le mot « tous » dans l'art. 15 de la *Charte* ne visent pas le fœtus et, par conséquent, la *Charte* ne s'applique pas.

Dans *R. c. Demers*[275], le demandeur a été reconnu coupable de plusieurs infractions liées à des protestations dans le cadre de l'*Access to Abortion Services Act* de la C.-B. En plus d'alléguer que la loi en question violait son droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, M. Demers a fait valoir que le terme « chacun » utilisé dans l'art. 7 visait l'enfant à naître. La Cour d'appel de la C.-B. a examiné la jurisprudence canadienne concernant le statut juridique du fœtus et souligné que [TRADUCTION] « ces décisions ne permettent pas à la Cour de faire droit à l'argument constitutionnel avancé par M. Demers »[276]. La Cour a conclu que le droit à la vie ne s'étend pas au fœtus.

Bien que la CSC n'ait jamais traité directement la question soulevée dans *Borowski* ou *Demers*, elle a examiné les droits du fœtus dans le contexte de la protection de l'enfance et dans le contexte criminel.

Dans *Tremblay c. Daigle*[277], le statut juridique du fœtus a été examiné dans le contexte de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Dans cette affaire, le père d'un enfant à naître a tenté d'empêcher la mère de se faire avorter en demandant une injonction. La CSC a conclu que l'expression « être humain » utilisée dans la *Charte* du Québec ne vise pas le fœtus [278]. Pour pouvoir jouir de droits, l'enfant doit d'abord naître, et naître vivant[279].

La Cour a en outre eu l'occasion d'examiner le statut juridique du fœtus dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G*[280]. Dans cette affaire, la CSC devait déterminer si le droit de la responsabilité délictuelle ou la compétence *parens patriae* pouvaient être invoqués par le tribunal pour ordonner la détention et le traitement d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître. La majorité des juges ont fait référence au principe général selon lequel le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la qualité de personne juridique titulaire de droits[281]. Ce principe est applicable dans « tous les domaines du droit »[282]. La Cour a effectivement reconnu qu'une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Cependant, [TRADUCTION] « tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant[283].

Dans *R. c. Sullivan*[284], des sages-femmes ont été accusées de négligence criminelle causant la mort de l'enfant d'une femme qu'elles tentaient d'accoucher alors qu'il se trouvait encore dans la filière génitale. La Cour devait déterminer si le fœtus qui se trouvait dans la filière génitale était une personne au sens des dispositions pertinentes du *Code criminel*. La Cour a conclu que le fœtus n'est pas un « être humain » ou une « personne » et, par conséquent, elle n'a pu juger les accusées coupables de l'infraction susmentionnée.

En somme, actuellement au Canada, le droit ne reconnaît pas au fœtus le statut de personne juridique[285]. Par conséquent, le fœtus ne jouit pas des droits de la personne garantis par la *Charte*.

Analyse

Pour mieux comprendre les questions liées au statut de l'embryon in vitro au Canada, supposons que les composantes fondamentales de la vie humaine se situent le long d'un continuum de développement. Dans le contexte de la PA, le sperme et l'ovule se situent à une extrémité du continuum, la fusion du sperme et de l'ovule produit un embryon in vitro qui existe en dehors de ses géniteurs, puis l'embryon est implanté dans l'utérus, où il devient un fœtus qui ne serait pas viable en dehors du corps de la femme, avant de devenir un fœtus qui serait

275 [2003] B.C.J. No. 75 (B.C.C.A.) Autorisation d'en appeler devant la CSC refusée [2003] S.C.C.A. No. 103.
276 *Ibid.* au par. 23.
277 [1989] 2 R.C.S. 530 (CSC).
278 *Ibid.* au par. 72.
279 Voir également M. Shaffer, « Foetal Rights and the Regulation of Abortion » (1994) 39 McGill L.J. 58.
280 *Supra* note 65.
281 *Ibid.* au par. 11.
282 *Ibid.* au par. 11.
283 *Ibid.* au par. 15.
284 [1991] 1 R.C.S. 489 (CSC).
285 Pour un résumé de la jurisprudence concernant les droits du fœtus, voir J.E. Hanigsberg, « Power and Procreation: State Interference in Pregnancy » (1991) 23 Ottawa L. Rev. 36.

viable en dehors du corps de la femme, et qui devient, en bout de ligne, un bébé.

Le problème fondamental concernant l'argument selon lequel il faudrait conférer aux embryons in vitro le statut de personne juridique, avec tous les droits juridiques garantis par ce statut, dont le plus important est le droit à la vie, réside dans le fait que ce statut confère à l'embryon in vitro une protection plus grande que celle que les tribunaux canadiens et d'autres tribunaux garantissent au fœtus[286]. Si le statut de personne juridique, et partant, le droit à la vie, était accordé à l'embryon in vitro, on pourrait logiquement alléguer que l'embryon in vitro a le droit d'être implanté. Cependant, en vertu des lois de la plupart des pays, dont le Canada, une femme peut se faire avorter lorsque le fœtus n'est pas viable en dehors de son corps sans vraiment que l'État intervienne.

Dans le contexte canadien, si l'on adhère à l'idée du continuum de développement et à la jurisprudence applicable traitant des diverses étapes qui jalonnent ce continuum, force est de conclure qu'étant donné qu'on ne peut conférer au fœtus non viable le statut de personne juridique, alors on ne peut, non plus, conférer ce statut à l'embryon in vitro[287].

Par ailleurs, certains commentateurs doutent de la pertinence d'invoquer la jurisprudence traitant du fœtus pour faire des analogies entre l'embryon in vitro et le fœtus[288]. Dans la jurisprudence concernant les droits du fœtus, le fœtus est inextricablement lié à la mère dans des circonstances où les intérêts du fœtus et ceux de la mère sont incompatibles et où il faut privilégier les intérêts d'une partie au détriment de ceux de l'autre. Or, la situation de l'embryon in vitro est différente, celui-ci existant en tant qu'entité distincte de ses géniteurs, et partant, il n'existe pas de conflit d'intérêts imminent. Il reste néanmoins qu'actuellement, l'embryon in vitro ne peut devenir un fœtus, puis un être humain, sans d'abord être implanté dans l'utérus. Bien qu'il n'y ait pas de conflit de droits direct entre l'embryon in vitro et ses géniteurs à cette étape du continuum de développement, lorsque l'embryon in vitro est implanté dans l'utérus, les droits de la femme priment dans la plupart des pays, et ce n'est que lorsque le fœtus progresse vers l'autre extrémité du continuum que l'intérêt de l'État à l'égard de la vie qui se développe l'emporte.

Conclusion

Il est évident que la conception de la vie et le continuum de développement jouent un rôle important dans la perception individuelle ou sociale des entités qui évoluent le long de ce continuum. Par exemple, le sperme et les ovules, qui se situent au début du continuum, sont achetés et vendus librement aux États-Unis sans guère soulever d'opposition[289], contrairement aux embryons in vitro, même s'il n'existe aucune loi interdisant leur vente.

Essentiellement, le désir de protéger la vie qui se développe augmente en parallèle avec le potentiel de vie. La question de savoir si les instruments de protection des droits de la personne auront une incidence sur la protection du potentiel de vie que recèle l'embryon in vitro dépend du statut juridique de ce dernier, de même que de l'adoption d'une législation réglementant les activités liées à la PA en général, et aux embryons in vitro en particulier. La question du statut juridique de l'embryon in vitro reste sans réponse. Cependant, actuellement, l'opinion la plus généralement admise est que l'embryon in vitro est une entité sui generis. Par conséquent, les droits de la personne ne peuvent lui être reconnus.

2.7 Autres questions à examiner

Il ne fait aucun doute que les techniques de PA continueront de progresser et de se perfectionner. Il est en outre probable qu'avec l'amélioration de la connaissance du génome humain et de son incidence sur la reproduction, couplée au fait que les taux d'infertilité sont en hausse dans le monde entier, le nombre de personnes et de couples qui devront ou voudront recourir aux techniques de PA augmentera. Cette perspective soulève un certain nombre de questions complexes, dont les suivantes :

- Un enfant a-t-il le droit d'avoir deux parents biologiques de sexe opposé?

---

[286] Daar, *supra* note 207 à la p. 635.
[287] Windsor, *supra* note 208 à la p. 1009.
[288] Daar, *supra* note 207 à la p. 635.
[289] Veuillez noter que le projet de loi C-13 n'autorise pas l'achat ou la vente de gamètes ou d'embryons in vitro.

- Un enfant a-t-il le droit d'avoir une origine génétique « normale » ou « naturelle »?
- Que signifie « le meilleur intérêt de l'enfant » dans le contexte de la PA?
- Les parents ont-ils le droit de demander qu'un enfant soit conçu à partir de leur propre matériel génétique, même s'il faut, à cette fin, utiliser le matériel génétique provenant de trois parents biologiques?
- Dans quelle mesure l'État peut-il réglementer ces activités?

Ces questions sont multidimensionnelles et exigent une analyse dans une perspective juridique, éthique et sociale. Du point de vue des droits de la personne, nous devons déterminer si les instruments actuels de protection des droits de la personne tiennent dûment compte des questions qui se posent actuellement ou qui pourraient se poser dans l'avenir quant à la PA.

2.8 Lacunes dans les instruments actuels de protection des droits de la personne

Actuellement, hormis le règlement adopté dans le cadre de la *Loi sur les aliments et drogues* concernant le traitement et la distribution du sperme[290], il n'existe pas de législation exhaustive régissant les activités de PA au Canada. Par conséquent, la plupart des activités de PA ne sont pas visées par les droits et libertés garantis par la Charte. Cependant, la législation sur les droits de la personne, comme la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les diverses lois provinciales régissant les droits de la personne, s'appliquent à certains aspects de la PA, notamment la prestation équitable des services.

De toute évidence, l'inapplicabilité de la Charte à la plupart des activités de PA constitue une lacune majeure sur le plan de la protection des droits de la personne au Canada. Cette lacune sera essentiellement corrigée avec l'adoption d'une législation fédérale réglementant les activités de PA. Cependant, nonobstant l'adoption d'une législation, il faut s'attendre à ce que la PA fasse l'objet de litiges. De plus, l'absence de jurisprudence appliquant les principes des droits de la personne à la PA actuellement ne nous aide pas à déterminer les droits de la personne susceptibles d'intervenir dans ce domaine.

Un autre problème, mentionné dans l'analyse présentée dans ce chapitre, réside dans le fait qu'un grand nombre des droits de la personne protégés au Canada et/ou dans d'autres pays dans le contexte de la PA, comme le droit à l'autonomie en matière de procréation, le droit à la santé et le droit de bénéficier des connaissances scientifiques, ne sont pas bien développés. De plus, il est difficile de faire respecter des droits qui sont garantis en droit international mais qui n'ont pas de pendant en droit national. Même les droits plus développés, comme le droit à l'égalité ou le droit à la sécurité de la personne, n'ont pas encore été appliqués, sinon rarement, dans le contexte de la PA. Cela n'a rien d'étonnant, puisque, en général, les lois ont du retard par rapport aux progrès technologiques.

Il est évident que dans l'avenir immédiat, pour trancher les questions liées aux droits de la personne dans le contexte de la PA, il faudra appliquer la notion traditionnelle de la protection des droits de la personne à des questions ou à des problèmes vraiment « non traditionnels ». Toutefois, des droits ou concepts nouveaux pourraient éventuellement aider à régler les diverses questions qui se poseront. Par exemple, le nouveau concept de dignité humaine jouera sans doute un rôle capital dans le débat national et international futur sur ce sujet.

---

[290] *Supra* note 3.

Gouvernement du Canada | Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 3

Diagnostic génétique préimplantatoire

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à : http://biotech.gc.ca

Chapitre 3

Table des matières

3.1 Introduction 3–1

3.2 DPI 3–2

3.3 Contexte 3–4

3.4 Questions 3–5

3.5 Question 1 : Le droit de recourir au DPI pour des motifs d'ordre médical 3–6

3.5.1 Instruments internationaux et régionaux 3–6
3.5.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires 3–8
3.5.3 Écrits et commentaires scientifiques 3–15
3.5.4 Le Droit au Canada 3–16
3.5.5 Analyse 3–23

3.6 Question 2 : Le droit des parents d'utiliser le DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés 3–27

3.6.1 Conclusion 3–31

3.7 Question 3 : L'embryon in vitro 3–32

3.7.1 Le droit à la vie 3–32
3.7.2 Le droit de naître sain d'esprit et de corps 3–32

3.8 Conclusion 3–46

Chapitre 3

Diagnostic génétique préimplantatoire

Judy Hunter

3.1 Introduction

[TRADUCTION]

> Les implications de la technologie génétique dans le temps obligeront les organisations internationales des droits de la personne à réexaminer certaines questions touchant les droits de personne non encore née qui subsistent malgré le débat sur l'avortement[1].

La capacité des scientifiques à féconder un ovule humain avec du sperme en dehors du corps d'une femme a été saluée comme un exploit technologique qui permettrait aux personnes stériles d'avoir des enfants. Depuis la fin des années 1970, la recherche médicale et scientifique dans ce domaine a porté principalement sur l'amélioration des techniques et technologies de procréation humaine assistée (« PHA »). Le diagnostic génétique préimplantatoire (« DPI »), qui permet la détection d'anomalies génétiques chez l'embryon in vitro, constitue un exemple de développement technologique récent dans ce domaine[2].

En 1989, le gouvernement du Canada a institué la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission »), qu'il a chargée d'enquêter et de faire rapport sur les développements médicaux et scientifiques actuels et éventuels reliés aux nouvelles techniques de reproduction. Le mandat de la Commission était très large; on lui demandait d'examiner les implications sociales, éthiques, sanitaires, scientifiques, juridiques et économiques de ces technologies[3].

En 1993, la Commission a présenté son rapport final, intitulé « *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction* » (« Rapport final »)[4]. Au sujet du DPI visant l'embryon in vitro[5], la Commission a conclu :

> Le diagnostic préimplantatoire est une méthode expérimentale de diagnostic prénatal liée à la fécondation in vitro…[Les données] indiquent pour le moment que le diagnostic préimplantatoire est une technique difficile, invasive, coûteuse et inefficace, pour laquelle les indications médicales sont très limitées[6].

---

1 Mana F. Munayyer, « Genetic Testing and Germ-Line Manipulation: Constructing a New Language for International Human Rights », (1997) 12 *Am. U.J. Int'l L. & Pol'y* 687 à la p. 10 (Lexis Nexis).

2 Un « embryon in vitro » est un embryon qui a été créé et qui existe dans une boîte de Pétri, c.-à-d. en dehors du corps d'une femme. Un « embryon in utero » ou « in vivo » est un embryon qui a été conçu et qui existe à l'intérieur du corps d'une femme.

3 Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction : *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale d'enquête sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministre des Services gouvernementaux, 1993 à la p. 2.

4 Le chapitre 2 du document relatif au projet aborde de manière plus détaillée les travaux de la Commission royale.

5 « Fœtus » s'entend d'un être humain non encore né plus de huit semaines après la conception (*Concise Oxford Dictionary*, 10e éd.). « Embryon » s'entend d'un être humain non encore né au cours des huit premières semaines suivant la fertilisation ou la conception (*Concise Oxford Dictionary*, 10e éd.). « In utero » signifie dans l'utérus ou le ventre de la mère. « In vitro » signifie en dehors du corps humain et dans une boîte en verre.

6 *Supra*, note 3 à la p. 930.

Au sujet du diagnostic prénatal, la Commission a rapporté l'observation suivante faite au cours de ses consultations à l'échelle du Canada :

> Au Canada, la plupart des gens sont d'avis que le choix de subir un diagnostic prénatal lorsqu'il y a risque d'affection grave et de se faire avorter si l'affection est diagnostiquée devrait revenir à la femme ou au couple, conformément à ses valeurs et à sa situation[7].

Les citoyens exprimeraient probablement la même opinion si on les interrogeait sur le droit de parents éventuels de décider de soumettre ou non leurs embryons in vitro à une procédure de DPI en cas de risque de trouble génétique grave, et de choisir uniquement les embryons in vitro exempts de maladie à des fins des reproduction.

Au Canada, l'accès au DPI est actuellement contrôlé par la profession médicale. La décision quant à savoir si un individu ou un couple devrait recourir ou non à la fécondation in vitro et au DPI est une décision d'ordre privé qui est prise par l'individu ou le couple concerné de concert avec son médecin.

Le présent chapitre formule et examine les questions liées aux droits de la personne que soulèvent le DPI d'un embryon in vitro. Le chapitre présente tout d'abord un exposé général au sujet du DPI, une section de mise en contexte qui explique brièvement les aspects scientifiques et techniques de la problématique et une section qui formule les questions pertinentes sur le plan des droits de la personne. Le reste du chapitre se décompose comme suit : (1) règles et principes de Droit international applicables, (2) le Droit dans d'autres pays, (3) le Droit canadien applicable, (4) commentaires scientifiques et autres, (5) analyse, (6) discussion.

3.2 DPI

À la fin des années 1980, le DPI a été mis au point et proposé aux parents éventuels au Royaume-Uni[8]. En avril 1990, le Handyside and Hannersmith Hospital du Royaume-Uni annonçait les premières grossesses réalisées à partir d'embryons préimplantatoires humains ponctionnés[9].

Le DPI permet de déceler des anomalies génétiques spécifiques et de déterminer le sexe de l'embryon (pour éviter les maladies liées au sexe). Il permet de sélectionner uniquement les embryons in vitro qui ne présentent pas de prédisposition génétique à la maladie (ou une sélection en fonction du sexe pour éviter les maladies liées au sexe) en vue d'un transfert dans le corps de la femme. À l'heure actuelle, la technologie permet seulement de dépister les maladies liées à un seul gène, comme la fibrose kystique. Bien qu'un DPI puisse confirmer la présence d'une anomalie génétique, il ne peut pas prédire dans quelle mesure l'embryon in vitro, s'il était transféré dans l'utérus d'une femme et naissait ensuite vivant, serait touché en tant qu'enfant ou adulte.

L'on pourrait considérer que cette technologie augmente les choix qui s'offrent à des individus qui, autrement, renonceraient à la procréation en raison du risque de transmettre une maladie ou une anomalie génétique à leur progéniture[10]. Avant l'avènement du DPI, lorsqu'une femme était enceinte et qu'un examen prénatal révélait que l'embryon in utero ou le fœtus avait une maladie ou un trouble génétique, les choix s'offrant à la femme ou au couple étaient restreints. La femme ou le couple pouvait choisir soit un « avortement génétique »[11] — qui entraînait souvent un traumatisme physique et émotionnel, de même qu'un sentiment de culpabilité chez le parent[12] —

---

7 *Ibid.* à la p. 890.

8 Anuja Dokras, M.D.Ph.D. (Department of Obstetrics and Gynaecology, Yale University School of Medicine, États-Unis), Pre-Implantation Genetic Diagnosis, vol. 1 nº 5 à la p. 1 (http://www.hygeia.org).

9 A.H. Handyside et al., « Biopsy of Human Preimplantation Embryos and Sexing by DNA Amplification », (1998) 18 février *Lancet* 347-49; A.H. Handyside et al., « Pregnancies from Biopsied Human Preimplantation Embryos Sexed by Y-Specific DNA Amplification », (1990) 344 *Nature* 768-70.

10 Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4 à la p. 32.

11 L'expression « avortement génétique » est employée dans la documentation scientifique pour désigner l'avortement fondé sur des renseignements médicaux relatifs à l'état génétique du fœtus.

12 Jason Christopher Roberts, « Customizing Conception: A Survey of Preimplantation Genetic Diagnosis and the Resulting Social, Ethical, and Legal Dilemmas », (2002) *Duke L. & Tech. Rev.* À la p. 12.

soit de mener la grossesse à terme et d'avoir éventuellement à élever un enfant gravement malade ou handicapé. Le DPI permet d'examiner l'embryon in vitro et de retenir uniquement les embryons jugés exempts d'une maladie génétique déterminée pour qu'ils soient implantés dans l'utérus dans l'espoir d'une grossesse.

Aujourd'hui, le nombre de centres offrant le DPI augmente avec constance partout dans le monde[13]. En 2000, le consortium du DPI de la European Society of Human Reproduction and Embryology (« ESHRE ») a commencé à recueillir des données statistiques relativement à l'utilisation du DPI auprès d'un ensemble de centres spécialisés dans le traitement de la stérilité répartis partout dans le monde[14]. Les trois rapports publiés par la ESHRE (1999, 2000, 2001) révèlent une croissance constante des recommandations de DPI et des recours à cette procédure[15].

L'usage croissant du DPI s'explique en partie par le succès du projet du génome humain[16], de même que par des perfectionnements technologiques qui ont rendu le DPI plus fiable. En outre, des individus et des couples dans certains pays ont commencé à recourir au DPI pour des motifs non médicaux, par exemple afin de sélectionner des embryons in vitro en fonction du sexe pour des raisons d'ordre social ou culturel[17].

Le plus récent rapport de la ESHRE (2001) indiquait que le DPI est maintenant utilisé pour sélectionner des embryons in vitro qui ont le potentiel de devenir un enfant donneur[18]. Le DPI permet la sélection d'embryons in vitro ayant exactement les traits génétiques requis pour fournir des cellules pouvant être transplantées chez un frère ou une sœur atteint d'une maladie génétique. Une fois que l'enfant donneur est né, des cellules souches peuvent être prélevées de son cordon ombilical ou du placenta (tissus qui seraient normalement jetés) et données pour être transplantées chez le frère ou la sœur.

---

13 ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: Data collection III » (mai 2001) à la p. 233.

14 *Ibid.* (ESHRE); le 16 février 2004, le docteur Joyce Harper, maître de conférence en génétique et embryologie humaines au UCL Centre for Preimplantation Genetic Diagnosis (Londres, Angleterre) a annoncé qu'elle possédait des renseignements selon lesquels 86 centres à l'échelle de la planète pratiquaient maintenant le DPI (www.ucl.ac.uk).

15 ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: preliminary assessment of data from Jan. 1997 to Sept. 1998 », (1999) 14 *Human Reproduction* nº 12 aux pp. 3138-3148; ESHRE, « Preimplantation Genetic Diagnosis Consortium: Data collection II », (mai 2000), (2000) 15 *Human Reproduction* nº 12 aux pp. 2673-2683; ESHRE « Preimplantation Genetic Diagnosis: Data collection III » (mai 2001), (2002) 17 *Human Reproduction* nº 1 aux pp. 233-246. NOTE : Le Canada ne contribue pas à cette collecte de données, puisque nous ne comptons qu'un seul centre spécialisé dans le traitement de la stérilité qui pratique le DPI.

16 Le projet du génome humain est un projet de collaboration scientifique à l'échelle mondiale, regroupant une multitude de programmes nationaux et internationaux, qui a débuté au milieu des années 1980 et dont l'objectif consiste à cartographier et à séquencer l'ensemble du génome humain (Allyn L. Taylor, « Globilization and Biotechnology: UNESCO and an International Strategy to Advance Human Rights and Public Health », (1999) 25 *Am. J. L. and Med.* 479 à la p. 5 (Lexis Nexis)) Le projet a pour objet de compiler des renseignements sur les traits génétiques et physiques du génome humain, de cartographier des séquences d'ADN et de comprendre les interactions entre les gènes humains. Le projet a démarré officiellement en 1990 à titre de projet de recherche international visant à découvrir l'ensemble des gènes humains (dont le nombre estimatif se situait alors entre 60 000 et 100 000) et à cartographier les gènes sur chaque chromosome. Le projet aura des répercussions importantes sur le développement des tests génétiques prénatals et préimplantatoires (Alastair T. Iles, « The Human Genome Project: A Challenge to the Human Rights Framework », (1996) 9 *Harv. Hum. Rts. J.* 27 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis)). Le projet vise à fournir aux chercheurs les renseignements génétiques nécessaires pour repérer les gènes responsables des différents troubles et maladies génétiques. L'on prédit que les efforts, aujourd'hui centrés sur le traitement des maladies, se concentreront éventuellement plutôt sur la prévention des maladies. (Wendy E. Roop, « Not in My Womb: Compelled Prenatal Genetic Testing », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 397 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis)). Le 26 juin 2000, une première ébauche du génome humain a été présentée lors d'une cérémonie à la Maison blanche. À cette époque, on avait déjà relié plus de 7000 gènes à des chromosomes spécifiques. Le projet a permis d'accroître les connaissances scientifiques relatives aux mutations d'un seul gène qui causent des maladies (notamment des maladies à déclenchement tardif) (Kay Chung, *Designer myths: the science, law and ethics of preimplantation genetic diagnosis* London, Progress Educational Trust, 1999 à la p. 11. En février 2001, deux groupes concurrents (l'un public et l'autre privé) ont publié leurs analyses plus complètes du génome humain. Les deux publications révèlent que l'espèce humaine possède quelque 30 000 gènes (soit seulement 11 000 de plus que le lombric), et non 100 000, comme beaucoup l'avaient prédit (Gerard Magill, PhD « The Ethics Weave in Human Genomics, Embryonic Stem Cell Research, and Therapeutic Cloning: Promoting and Protecting Society's Interests », (2002) 65 *Alb. L. Rev.* 701 à la p. 4 (Lexis Nexis); Southern California Center for Reproductive Medicine, « ART Preimplantation Genetic Diagnosis », novembre 2003 à la p. 2 (http//www.socalfertility.com/art/PGD.shtml).

17 A. Malpani et D. Modi, « Preimplantation sex selection for family balancing in India », (Avis : European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)) à la p. 11.

18 ESHRE, *supra* note 13 à la p. 234; ces enfants ont été baptisés « enfants sauveurs » (« *saviour children* ») par les médias au Royaume-Uni parce qu'ils ont été sélectionnés parmi plusieurs embryons in vitro sains à des fins de procréation en fonction de leur potentiel à fournir un remède pour un frère ou une sœur existant qui est malade.

3.3 Contexte

La science

La réalisation d'un DPI sur un embryon in vitro fait appel à plusieurs techniques et procédés différents.

Premièrement, il faut créer un embryon in vitro. Pour ce faire, on fait ingérer à la femme d'importantes doses d'hormones afin d'hyperstimuler ses ovaires de manière à induire la production de plusieurs ovules (œufs) au cours d'un même cycle, plutôt qu'un seul ovule, comme ce serait habituellement le cas au cours d'un cycle normal. Suite à l'hyperstimulation, on extrait autant d'ovules que possible des ovaires de la femme. Ensuite, soit on mélange ces ovules avec le sperme du partenaire de la femme ou d'un donneur dans une boîte de Pétri, soit un spermatozoïde unique est choisi puis injecté dans l'ovule, le tout afin de créer un embryon in vitro[19].

Deuxièmement, les embryons in vitro ainsi obtenus sont cultivés en laboratoire jusqu'à ce qu'ils atteignent le stade de huit cellules, environ trois jours après la fertilisation. À ce stade, un ou deux blastomères[20] (cellules) sont prélevés sur l'embryon à des fins d'analyse moléculaire. Les blastomères sont des cellules totipotentes, c'est-à-dire des cellules capables de se développer en des cellules de n'importe quel type ou encore en un embryon complet[21]. On estime que le prélèvement de blastomères n'a pas d'incidences négatives sur le développement ultérieur de l'embryon in vitro, qui continue de croître en laboratoire tandis que l'on procède à l'analyse des blastomères (cellules)[22].

Troisièmement, afin de réaliser l'analyse moléculaire de la cellule, l'on doit extraire l'information génétique du noyau des blastomères isolés. L'on peut obtenir deux types de renseignements génétiques différents, à savoir de l'information chromosomique et de l'information génétique au sens strict (c.-à.-d. de l'information relative aux gènes comme tels). Le plus souvent, c'est de l'information chromosomique que l'on procède à recueillir.

Information chromosomique

Le noyau de chaque cellule du corps humain, à l'exception des spermatozoïdes et des ovules (« cellules sexuelles »), contient quarante-six chromosomes. Le noyau des cellules sexuelles contient vingt-trois chromosomes. Lorsque les noyaux d'un spermatozoïde et d'un ovule fusionnent au cours de la fertilisation, l'embryon qui en résulte compte quarante-six chromosomes : une moitié des chromosomes provient de chacun des parents. Les chromosomes comptent en tout quelque 30 000 gènes[23], lesquels sont des bandes ou des régions spécifiques d'acide désoxyribonucléique double brin (« ADN »)[24].

L'utilisation la plus courante du DPI a pour objet d'examiner l'information génétique au niveau chromosomique. Par exemple, certains troubles et maladies sont liés à l'X (tels que l'hémophilie et la dystrophie musculaire de Duchenne), ce qui signifie qu'une femme en santé peut être porteuse de la maladie sur ses chromosomes sexuels, et seuls ses enfants de sexe masculin seront touchés[25]. Dans le cas d'un trouble lié à l'X, au lieu de chercher à dépister des mutations du gène, on détermine le sexe de l'embryon in vitro, et seuls des embryons de sexe féminin sont implantés chez la femme[26].

La présence de chromosomes additionnels, ou encore l'absence de certains chromosomes, peuvent être révélateurs de plusieurs différentes maladies, comme le

---

19 Pour plus de détails, voir le chapitre 2 du document relatif au projet aux sections 2 et 3.

20 Les « blastomères » sont des cellules totipotentes, c'est-à-dire des cellules capables de se développer en des cellules de n'importe quel type ou encore en un embryon humain complet (comprenant tous ses tissus et tous ses organes) ainsi qu'en la portion fœtale du placenta (« The President's Council on Bioethics, Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry », Washington, 10 juillet 2002 (http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html); *The Concise Oxford Dictionary*, 10e éd.

21 « The President's Council on Bioethics, Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry » Washington, 10 juillet 2002 (http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html); *The Concise Oxford Dictionary*, 10e éd.

22 Dokras, *supra* note 8 à la p. 1.

23 Un gène est une section d'une molécule d'acide désoxyribonucléique qui code ou dirige la production de produits protéiniques utilisés par l'organisme pour construire ou réparer ses différentes composantes, catalyser des réactions métaboliques, ou même réguler l'activité d'autres gènes. Les gènes s'agencent en structures effilées appelées chromosomes. (Anne Lawton, « The Frankenstein Controversy: The Constitutionality of a Federal Ban on Cloning », (1998/99) 87 *Ky. L.J.* 277 à la p. 3 (Lexis Nexis).

24 Wendy E. Roop, « Not in my womb: Compelled Prenatal Genetic Testing », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 397 aux pp. 2-3 (Lexis Nexis).

25 Kay Chung, *Designer myths : the science, law and ethics of preimplantation genetic diagnosis*, London, Progress Educational Trust, 1999 aux pp. 10 et 11.

26 *Ibid.* à la p.11.

syndrome de Down (ou « trisomie 21 »), qui se manifeste lorsque le noyau de la cellule compte trois copies du chromosome 21 au lieu de deux[27]. (Cette anomalie apparaît plus fréquemment à mesure que l'âge de la mère augmente au-delà de 35 ans[28].)

Information relative aux gènes

La deuxième forme de DPI, qui est aussi plus complexe, vise à déterminer la présence ou l'absence d'une mutation génétique spécifique sur un des chromosomes situés à l'intérieur du noyau de la cellule. Pour ce qui est des individus ou des couples qui demandent ce type d'information, il peut s'agir de personnes qui sont fertiles mais qui sont peut-être porteuses d'une certaine mutation génétique qui pourrait provoquer une maladie ou un trouble spécifique chez leur progéniture éventuelle. Ces personnes recourent à un DPI dans le but de sélectionner, en vue de leur implantation (dans l'utérus), seuls les embryons in vitro qui ne présentent pas la mutation génétique en question[29].

Le nombre de maladies que l'on sait causées par la mutation d'un seul gène va s'accroissant à mesure que les scientifiques en apprennent davantage sur la composition du génome humain[30]. À ce jour, les plus courants parmi les tests de dépistage de maladies déterminées par un seul gène concernent la fibrose kystique, la bêta-thalassémie et la maladie de Huntington. Par ailleurs, à mesure que progresseront les connaissances relatives au génome humain, on pourra éventuellement mettre au point des tests de dépistage de maladies qui se développent seulement à l'âge adulte ou de maladies à déclenchement tardif, comme les cancers ayant une composante génétique[31].

Le directeur du projet du génome humain, Francis Collins, a prédit que d'ici 2010, nous disposerons de tests génétiques permettant diagnostiquer des maladies, de prédire les risques éventuels d'apparition de la plupart des maladies courantes, comme le cancer, les maladies du cœur, les troubles mentaux, et peut-être aussi de détecter la vulnérabilité aux infections. À l'avenir, il deviendra peut-être possible de dépister des maladies multifactorielles, comme l'asthme et les cancers plus complexes[32].

Il convient cependant de rappeler qu'à l'heure actuelle, les tests génétiques permettent seulement de savoir si un embryon in vitro présente ou non une prédisposition à une maladie ou un trouble génétique donné, mais non à quel degré cette condition touchera la personne éventuelle[33].

L'utilisation du DPI ne va pas sans semer la controverse. Pour pouvoir réaliser un DPI, il faut créer et manipuler un embryon in vitro. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les deux blastomères qui sont prélevés de l'embryon in vitro sont totipotents, ce qui signifie qu'en théorie, ils pourraient se développer en un embryon complet si on les maintenait dans les conditions idoines. La réalisation d'un DPI sur ces blastomères entraîne leur destruction. Pour ceux qui considèrent que l'embryon est une forme de vie humaine, le DPI soulève des préoccupations d'ordre éthique et moral.

En outre, le DPI permet de sélectionner des embryons que l'on croit exempts de maladies génétiques, ou qui présentent certains traits génétiques souhaitables, pour ensuite les implanter chez une femme, tandis que les autres embryons in vitro seront détruits. Cette forme d'utilisation du DPI suscite des inquiétudes chez beaucoup de gens opposés à la pratique de l'eugénisme[34].

3.4 Questions

Parmi les différentes questions que soulève l'utilisation du DPI, trois d'entre elles ont été retenues pour être examinées dans le présent chapitre. Les deux premières

---

27 Southern Calif Centre for Reproductive Medicine, « ART Preimplantation Genetic Diagnosis », novembre 2002 à la p. 2. En ligne : http://www.socalfertility.com/art/pgd.shtml.

28 Commission royale, *supra* note 3 à la p. 847.

29 Peter Braude (B.Sc., M.A., Ph.D. (directeur clinique du Guy's and St. Thomas' Centre for Preimplantation Genetic Diagnosis, Royaume-Uni)), « An overview of preimplantation genetic diagnosis » (présenté lors de la Journée d'étude sur le diagnostic génétique préimplantatoire (17 mai 2001)) à la p. 1.

30 *Supra* note 27.

31 Chung, *supra* note 25 à la p. 11; Trudo Lemmens « Why Regulate New Genetics? », printemps 2004, Innovate aux pp. 14-17.

32 Denise Avard et Bartha Maria Knoppers, « Screening and Children Policy Issues for the New Millennium », ISUMA, automne 2001 à la p. 47.

33 Munayyer, *supra* note 1 à la p. 3 (Lexis Nexis).

34 L'« eugénisme » peut être défini comme la science de la reproduction contrôlée visant à accroître l'occurrence de caractéristiques héréditaires désirables au sein d'une population (*Concise Oxford Dictionary*, 10e éd.).

questions abordées se posent du point de vue des parents éventuels, tandis que la troisième question se pose du point de vue d'un embryon in vitro.

La première question est celle de savoir si des parents éventuels qui sont susceptibles de transmettre une maladie génétique grave à leur progéniture ont le droit de recourir au DPI pour prendre une décision concernant la procréation. La deuxième question est celle de savoir si des parents éventuels ont le droit de recourir au DPI en vue de sélectionner, à des fins de reproduction, seuls les embryons in vitro qui possèdent certains traits génétiques recherchés, comme un sexe déterminé ou le gène de la surdité. La dernière question est celle de savoir si un l'embryon in vitro a un droit à la vie, et s'il a le droit de naître en bonne santé mentale et physique.

3.5 Question 1 : Le droit de recourir au DPI pour des motifs d'ordre médical

Bien que les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de la personne ne prévoient expressément aucun droit de recourir au DPI ou d'obtenir des renseignements au sujet de son embryon ou de son fœtus, ces instruments imposent aux États parties certaines obligations qui portent à croire que les femmes, et peut-être aussi les couples, ont le droit à la liberté en matière de reproduction. La liberté en matière de reproduction peut être considérée comme incluant deux droits égaux mais opposés : le droit de se reproduire et le droit de ne pas se reproduire. D'aucuns pourraient soutenir que l'information relative à l'état génétique de ses embryons in vitro est essentielle à l'autonomie d'une personne en matière de reproduction. Cette information peut s'avérer nécessaire pour certaines personnes afin de les aider à prendre leurs décisions en matière de reproduction. Par exemple, si un DPI devaient révéler que les embryons in vitro d'une personne ou d'un couple présentent une anomalie génétique susceptible de faire que l'enfant naisse avec un handicap grave, cette personne ou ce couple choisirait peut-être de ne pas se reproduire.

3.5.1 Instruments internationaux et régionaux

Comme nous l'avons mentionné au chapitre 2, aucun instrument international ne mentionne expressément la procréation assistée, non plus que le DPI. En revanche, plusieurs instruments internationaux prévoient le droit de « fonder une famille »[35]. Ce droit est prévu dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[36] (« *PIDCP* »), que le Canada a ratifié. Pour ce qui concerne le droit de fonder une famille prévu au PIDCP, le *Comité des droits de l'homme* (« *CDH* ») a exposé son interprétation de ce droit dans son Observation générale nº 19. Le CDH a écrit que le « droit de fonder une famille implique, en principe, le droit de procréer et de vivre ensemble »[37].

Le Canada a aussi ratifié la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[38] (« CEDAW »). Celle-ci oblige les États parties à assurer aux femmes l'accès à de l'information et à des conseils relatifs à « la planification de la famille » (Art. 10(1)*h*))[39]. L'Art. 16(1)*e*) oblige les États parties à assurer aux femmes le droit de décider librement du nombre et de l'espacement des naissances et l'accès « aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires » pour leur permettre d'exercer ces droits[40]. En 1993, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes créé en vertu de la

---

35 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3e sess., Supp. nº 13, Doc. A/810 (1948), art. 16; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, art. 12; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 23.

36 *Id.*

37 OG nº 19/38 sur l'art. 23 du PIDCP, Doc. NU CCPR/21/Rev.1/Add.2 au par. 5. Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie.

38 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Rés. AG 34/180, 34 Doc. off. AG NU Supp. nº 46 à la p. 193, Doc. NU A/34/46 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

39 *Ibid.* — alinéa 10*h*) :

> Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'éducation et, en particulier, pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :
>
> h. L'accès à des renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à *la planification de la famille*. [C'est nous qui soulignons.]

40 *Ibid.* — alinéa 16(1)*e*) :

> 1. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :
>
> e. Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;

CEDAW (le « Comité ») a adopté la seule interprétation officielle du droit relatif à la planification familiale aux termes de la *Recommandation générale n° 21*[41,42].

Le Comité a relevé que les responsabilités liées à la grossesse et au fait d'élever des enfants ont des incidences notamment sur le droit des femmes à l'éducation, et que ces responsabilités imposent un fardeau de travail plus grand aux femmes. Pour ces motifs, les femmes ont le droit de décider du nombre et de l'espacement de leurs grossesses[43]. La Recommandation n° 21 énonçait que la décision d'une femme d'avoir ou de ne pas avoir d'enfants devrait être libre de toute immixtion de la part d'un conjoint, d'un parent, d'un partenaire ou de l'État. Les femmes doivent avoir accès à des renseignements concernant les moyens de contraception et les services de planification de la famille[44].

L'interprétation du Comité exposée dans la Recommandation n° 21 conforte l'opinion voulant que les femmes aient un droit à l'autonomie en matière de procréation. Certains auteurs soutiennent que le droit de fonder une famille et l'élément positif du droit à la planification de la famille sont liés au droit d'une personne ou d'un couple d'avoir un enfant et garantissent donc implicitement un droit à la procréation ou à la reproduction[45].

Au niveau international, cependant, le droit de procréer ou de se reproduire fait l'objet d'interprétations multiples[46]. Pour ce qui est de savoir si un tel droit comprendrait le droit d'obtenir des renseignements concernant l'état du fœtus ou, dans le cas de la procréation assistée, l'état de l'embryon in vitro aux fins de décider de procréer ou non, la question demeure incertaine.

La CEDAW énonce, à l'alinéa 5a) :

> Article 5 — Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :
>
> a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes;

Le Comité n'a pas formulé de recommandations concernant l'article 5 qui puisse servir à interpréter cette disposition ou à éclairer les États parties quant à la teneur de leurs obligations.

Pour ce qui est des instruments régionaux, la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[47] du Conseil de l'Europe (la « Convention ») dispose, aux articles 12 et 14

> Article 12 — Tests génétiques prédictifs
>
> Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie *qu'à des fins médicales* ou de recherche médicale, et sous réserve d'un conseil génétique approprié. [C'est nous qui soulignons]
>
> Article 14 — Non-sélection du sexe
>
> L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe.

---

41 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Recommandation générale n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux (treizième séance, 1992), Compilation de Commentaires généraux et d'Observations générales adoptés par les organes de suivi des traités des Nations Unies, Doc. NU HRI\GEN\Rev. 1 à la p. 90 (1994).

42 Maja Kirilova Eriksson, *Reproductive Freedom: In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, La Haye, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2000 à la p. 185.

43 Recommandation n° 21, *supra* note 39 au par. 21.

44 *Ibid.* au par. 22.

45 Eriksonn, *supra* note 42 à la p. 188; M. Tardu, « Relationships between human rights and population issues » (1990) Population and Human Rights Nations Unies, New York à la p. 55; Statens Medicinsk-etiska Rad, *Assisterad befruktning*, Stockholm, 19 avril 1995 à la p. 15; J.A. Frowein et W. Peukert, *Europaische MenschenRechtsKonvention*, Kehl 1996 à la p. 424.

46 Voir le chapitre 2 du document du Projet pour une analyse plus approfondie.

47 *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* (Oviedo, 4.IV.1997) (Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 164).

Le Rapport explicatif[48] à la Convention indique, au paragraphe 83, que « [l]'article 12, en lui-même, n'entraîne aucune limitation au droit de procéder à des tests diagnostics sur un embryon afin de déterminer si celui-ci est porteur de caractères héréditaires qui entraîneront une grave maladie chez l'enfant à naître »[49].

Au regard de l'article 14, le Rapport explicatif précise qu'« [...] il n'est pas admis d'utiliser une technique d'assistance médicale à la procréation pour choisir le sexe de l'enfant, sauf s'il s'agit d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe »[50]. Le paragraphe 94 du Rapport explicatif précise cependant que la « gravité d'une maladie héréditaire liée au sexe est appréciée en Droit interne selon des procédures propres à chaque État »[51].

Au printemps 1996, le Canada a acquis la qualité d'observateur auprès du Conseil. Bien que le Conseil ait invité les États non membres à adhérer à sa Convention, le Canada ne l'a pas signée. Les articles 12 et 14 pourraient tout de même être invoqués devant un tribunal canadien pour informer celui-ci au sujet de la manière dont les pays européens ont tranché ces questions.

Conclusion

Les dispositions du PIDCP et de la CEDAW ne pourraient pas servir de fondement à un recours devant un tribunal canadien, mais elles pourraient être citées, de concert avec la Déclaration, pour étayer une certaine interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*[52] (la « *Charte* ») ou de dispositions législatives internes. Cette absence de jurisprudence au niveau international concernant le droit de fonder une famille fait qu'il est difficile de prévoir comment ces dispositions seraient interprétées par un tribunal canadien.

3.5.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires

Les développements qui suivent décrivent brièvement le Droit relatif au DPI aux États-Unis, en Allemagne et au Royaume-Uni. Ces trois pays ont été choisis parce qu'ils offrent des exemples de trois approches distinctes de l'État à l'égard du DPI.

États-Unis

Aux États-Unis, il n'y a pas de dispositions législatives fédérales concernant le DPI. Les cliniques de fertilité sont libres d'effectuer des DPI dans les limites permises par les lois de chaque état[53]. Seule une poignée d'états ont légiféré expressément au sujet du DPI. Dix des cinquante états interdisent la recherche embryologique, mais six d'entre eux assortissent cette interdiction d'une exception permettant le DPI[54]. Les quatre autres états permettent le DPI uniquement dans les cas où l'on peut démontrer que son utilisation est bénéfique et sans danger pour l'embryon in vitro[55].

Le degré de contrôle qu'un état exerce sur l'utilisation du DPI est sans doute fonction de la position de cet état quant à la façon de concevoir l'embryon in vitro sur les plans de la morale et du Droit. Tel semble être le cas en Louisiane, un des quatre états qui interdisent le DPI. En effet, la Louisiane reconnaît certains droits à l'embryon in vitro à compter du moment de la conception. En vertu du *Code civil* de la Louisiane, l'embryon in vitro est protégé et réputé être une personne ayant la capacité d'ester en justice, et ce, jusqu'au moment où il est implanté dans l'utérus d'une femme[56]. Le DPI est interdit en Louisiane sauf lorsque l'on peut démontrer que la procédure serait bénéfique et sans danger pour l'embryon in vitro. Chacun de ces deux critères est vraisemblablement impossible à satisfaire, puisque le DPI n'est jamais sans danger pour l'embryon in vitro et, par suite d'un DPI, on laisserait probablement périr tout embryon in vitro présentant une anomalie génétique.

---

48 *Rapport explicatif à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* (Conseil de l'Europe, Série des traités européens, no 164) (http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/164.htm.) (ci-après le « Rapport explicatif »).

49 *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 83, page 15.

50 *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 93, page 16.

51 *Ibid* (Rapport explicatif) au par. 94, page 16.

52 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, 1982, ch. 11, *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur le 17 avril 1982.

53 Kay Chung, *supra* note 25 à la p. 15.

54 Timothy Stolzfus Jost, « Rights of Embryo and Fœtus in Private Law », (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 633 à la p. 640; June Coleman, « Playing God or Playing Scientist », (1996) 27 *Pac. L.J.* 1331 à la p. 1354 (les dix états sont : le Massachusetts, le Michigan, le New Hampshire, le Nouveau-Mexique, le Dakota du Nord, le Rhode Island, la Louisiane, le Minnesota, la Pennsylvanie et le Maine) (Lexis Nexis).

55 *Ibid.* (Coleman) à la p. 11 (Les quatre états qui restreignent la pratique du DPI sont : la Louisiane, le Minnesota, le Maine et la Pennsylvanie) (Lexis Nexis).

56 Jost, *supra* note 24 à la p. 633. Code civil de la Louisiane § 26 (1988).

La jurisprudence américaine reconnaît aux femmes un droit, garanti par la Constitution, d'interrompre une grossesse jusqu'au stade de la viabilité du fœtus, et ce, au titre des droits à la vie privée et à la liberté garantis par les premier, quatrième, cinquième et quatorzième amendements[57] de la Constitution des États-Unis. Au stade de la viabilité du fœtus, l'intérêt de l'État dans le développement du fœtus peut être assez important pour justifier l'imposition par l'État de restrictions au droit de la femme d'interrompre la grossesse[58].

Dans le cas de parents éventuels susceptibles de transmettre un trouble ou une maladie génétique grave à leur progéniture, le médecin traitant aurait l'obligation de les aviser des risques et de leur recommander soit un DPI (si les lois de l'état le permettent), soit des tests génétiques prénataux. Les parents éventuels pourraient considérer les renseignements obtenus au moyen de ces tests comme cruciaux pour leur permettre de prendre une décision éclairée en matière de reproduction. Dans les cas où le médecin omettrait d'informer les parents au sujet du risque ou omettrait de les conseiller au sujet des tests génétiques et que les parents donnaient ensuite naissance à un enfant gravement atteint, les parents pourraient peut-être poursuivre le médecin pour négligence. Dans la majorité des cas, il s'agit d'actions en responsabilité civile délictuelle qui sont habituellement désignées comme des « actions fondées sur une naissance préjudiciable » (« *wrongful birth* ») lorsqu'elles sont intentées par les parents ou comme des « actions fondées sur une vie préjudiciable » (« *wrongful life* ») lorsqu'elles sont intentées au nom de l'enfant.

La Cour suprême de la Californie a statué, dans *Turpin c. Sortini*[59] – une action fondée sur une vie préjudiciable – que

> [TRADUCTION]
>
> « [...] lorsqu'ils décident d'avoir ou non un tel enfant [handicapé], les parents peuvent à bon droit prendre en considération leurs propres intérêts – ce qu'ils font sans aucun doute –, et l'on présume que les parents prennent aussi en considération les intérêts de leur futur enfant. Par conséquent, lorsqu'un défendeur omet par négligence de diagnostiquer une maladie héréditaire, il cause un préjudice à l'enfant éventuel ainsi qu'aux parents en privant les parents de renseignements pouvant s'avérer nécessaires pour déterminer s'il est dans l'intérêt de l'enfant de naître avec des déficiences ou de ne pas naître du tout »[60].

Dans les états qui interdisent l'expérimentation touchant les fœtus, on recense certaines décisions judiciaires qui rattachent à la liberté en matière de reproduction un droit constitutionnel à l'information. Dans l'affaire *Margaret S. c. Treen*[61] (« *Margaret S. II* »), le tribunal était saisi de plusieurs questions relatives à une loi sur l'avortement de l'État de la Louisiane. Une de ces questions était celle de la constitutionnalité de la disposition législative interdisant l'expérimentation touchant les fœtus in utero et in vitro[62]. Les demandeurs alléguaient que la disposition attaquée englobait des techniques qui pouvaient être considérées comme de l'« expérimentation » mais qui pouvaient avoir

---

57 « Vie privée » (« *privacy* ») : Bien que la Constitution des États-Unis ne prévoie pas expressément un droit à la vie privée, la Cour a jugé qu'un tel droit découle des premier, quatrième et cinquième amendements (Sklar A Sherwood « Don't Hate Me Because I'm Beautiful...And Intelligent...And Athletic: Constitutional Issues in Genetic Enhancement and the Appropriate Legal Analysis », (2001) 11 *Health Matrix* 633 aux par. 5-6 (Lexis Nexis)). Les tribunaux ont jugé que les droits conférés par cette garantie relative à la vie privée sont des droits fondamentaux. Par exemple, le droit de procréer et le droit de ne pas procréer ont tous deux été dégagés de la garantie relative à la vie privée et sont donc considérés comme fondamentaux. Ces droits sont fondamentaux parce qu'ils relèvent de domaines d'une nature si privée qu'une ingérence injustifiée de la part de l'État est à proscrire; il est difficile pour l'État de limiter ces droits. Les droits fondamentaux jouissent de la plus grande protection en vertu de la loi. Cependant, ils ne sont pas absolus : l'État peut porter atteinte à un droit fondamental, mais seulement pour un motif impérieux et si l'atteinte est la moins restrictive possible.
« Liberté » : Le quatorzième amendement étend aux états la clause du cinquième amendement garantissant l'application régulière de la loi (« *due process* ») selon laquelle [TRADUCTION]« [n]ul ne peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens autrement que suivant l'application régulière de la loi ». La clause de la Constitution concernant l'application régulière de la loi comporte une règle de fond, qui prévoit une protection accrue contre l'ingérence de l'État à l'égard des libertés individuelles prévues aux premier et quatorzième amendements. [TRADUCTION] « La liberté évoque plus que l'absence de contrainte physique, mais aussi le droit de l'individu de contracter, de s'adonner à toute forme d'occupation courante de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants [...] et, de manière générale, de jouir de ces privilèges reconnus de longue date [...] comme essentiels à la quête du bonheur par des hommes et [des femmes] libre[s]. » (Kelly M. Plummer « Ending Parents' Unlimited Power to Choose: Legislation is Necessary to Prohibit Parents' Selection of Their Children's Sex and Characteristics », (2003) 47 *St. Louis L.J.* 517 au par. 5 (Lexis Nexis).)

58 *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

59 *Turpin c. Sortini et al.*, 31 Cal. 3d 220; 643 P.2d 954; 182 Cal. Rptr. 337; 1982 (Cour suprême de la Californie) (Lexis Nexis).

60 *Ibid.* au par. 10 (Lexis Nexis).

61 *Margaret S. c. Treen*, 597 F. Supp 636, 673 (E.D. La. 1984) (Cour de district) (QL).

62 *Ibid.* au par. 31 (QL).

un caractère thérapeutique pour une femme enceinte. En outre, les demandeurs soutenaient que la disposition portait une atteinte inconstitutionnelle au droit du médecin de mener des recherches médicales et scientifiques.

La Cour de district des États-Unis a jugé que l'interdiction relative à l'expérimentation touchant les fœtus, qui était assortie d'importantes sanctions pénales, portait une atteinte inconstitutionnelle au droit d'une femme à l'avortement et portait atteinte aux droits des médecins de participer à des activités de recherche touchant le fœtus[63]. Pour parvenir à ces conclusions, la Cour a affirmé :

> [TRADUCTION]
>
> « La décision d'engendrer ou mettre au monde ou non un enfant est au cœur même de cet ensemble de choix protégés par la Constitution reconnu sous le vocable de droit à la vie privée… *La Cour estime que cette loi limite indûment les renseignements médicaux qui peuvent être obtenus par l'expérimentation en ce qu'elle prive les femmes de renseignements concernant la probabilité de difformités fœtales lors de leurs futures grossesses.* Une telle expérimentation, qui pourrait avoir une vertu thérapeutique pour la femme, serait interdite par [cette loi] parce qu'elle ne serait pas thérapeutique pour le fœtus avorté mort. [La loi] porte aussi atteinte au droit de la femme de faire des choix en matière de reproduction sans ingérence excessive de la part de l'État du fait que l'information requise pour pouvoir accroître la précision et la fiabilité de l'amniocentèse et d'autres méthodes de diagnostic prénatal dépend de l'utilisation de tissus fœtaux avortés à des fins d'expérimentation.[64] [C'est nous qui soulignons]

La Cour de district a jugé qu'étant donné que les droits fondamentaux englobent tout le processus entourant l'avortement, l'interdiction relative à l'expérimentation touchant les fœtus, qui pouvait viser les analyses à des fins de diagnostic, violait le droit constitutionnel de la femme de faire des choix en matière de reproduction[65]. L'on peut penser que le droit fondamental de faire des choix en matière de reproduction ne se limite pas exclusivement à une décision concernant l'avortement, mais s'étend aussi aux décisions concernant la grossesse et la contraception[66].

La décision de la Cour de district a été portée en appel devant la Cour du Cinquième circuit[67], qui a reproché à la Cour de district d'avoir évité la véritable question constitutionnelle qui se posait, soit la question de savoir si une interdiction législative visant l'expérimentation aurait inévitablement pour effet de limiter les types de tests offerts aux femmes et à leurs médecins, portant ainsi forcément atteinte aux droits fondamentaux de la femme[68]. La Cour du Cinquième circuit a confirmé la décision de la Cour de district, statuant que l'interdiction législative relative à l'expérimentation touchant les fœtus était d'une imprécision inconstitutionnelle[69].

Dans l'affaire *Jane c. Bangerter*[70] (« *Bangerter* »), la Cour du Dixième circuit était invitée à examiner une loi de l'Utah qui permettait l'expérimentation discrétionnaire visant à acquérir de l'information génétique au sujet de l'embryon ou du fœtus. Un tribunal inférieur avait jugé que la loi était constitutionnelle après avoir interprété de manière restrictive le mot « expérimentation » comme désignant [TRADUCTION] « des tests ou des techniques médicales qui sont conçus uniquement pour accroître les connaissances d'un chercheur et qui ne visent pas à procurer un avantage thérapeutique à la mère ou à l'enfant »[71].

---

63 *Ibid.* au par. 33 (QL). Le droit des médecins d'exercer leur profession, bien qu'il ne soit pas reconnu comme un droit fondamental, jouit néanmoins d'une protection constitutionnelle contre les atteintes arbitraires. La cour a jugé que la « liberté » comprenait [TRADUCTION] « le droit de s'adonner à l'une quelconque des activités courantes de la vie ». La cour a affirmé que « [l]a loi d'un état ne peut refuser à une personne le droit d'exercer son activité (ce qui comprend notamment l'exercice de la profession médicale dans ce cas-ci) à moins qu'il y ait un lien rationnel avec la réalisation d'un objectif légitime du gouvernement… L'intérêt de l'état à protéger la vie du fœtus ne subsiste pas au-delà de la mort du fœtus… Aucune loi de la Louisiane n'interdit l'expérimentation sur un être humain décédé, et, de fait, de telles expérimentations ont lieu lors d'autopsies, lesquelles sont pratiquées régulièrement… En vertu de la loi [de la Louisiane], une mère pourrait donner le corps de son enfant à la science médicale à des fins [d'enseignement, de recherche ou aux fins de l'avancement de la science] …, mais la sanction pénale imposée par [cette loi] empêcherait dans les faits le don d'une masse de tissu avorté. Cette loi établit une distinction entre un fœtus mort et une être humain décédé. L'établissement de cette distinction n'a aucun fondement rationnel. »

64 *Ibid.* au par. 32 (QL).

65 *Ibid.*; Roberts, *supra* note 12 au par. 10 (Lexis Nexis).

66 *Supra* note 61 aux pp. 1078-79.

67 *Margaret S. c. Edwards*, 794 R.2d 994 (5th Cir. 1986) (Cour du Cinquième circuit).

68 *Ibid.* aux pp. 999-1002.

69 *Ibid.* à la p. 999.

70 *Jane L. c. Bangerter*, 61 F.3d 1493 (10th Circ. 1995).

71 *Jane c. Bangerter*, 794 F. Supp. 1528 (D. Utah 1992).

La Cour du Dixième circuit s'est inscrite en faux, statuant que le tribunal inférieur avait « manifestement » réécrit la loi pour tenter d'en préciser la teneur. La Cour a jugé que le mot « avantage » était aussi ambigu, et elle s'est demandée : [TRADUCTION] « si une procédure procurait à une mère des connaissances qui faciliteraient ses grossesses à l'avenir mais qui interrompraient inévitablement sa grossesse en cours, la procédure serait-elle jugée avantageuse pour la mère?[72] » Étant donné qu'elle estimait que la loi attaquée ne donnait pas d'indications claires permettant de distinguer les actes permis et les actes qui constituaient des infractions criminelles, la Cour a statué que cette loi était inconstitutionnelle et invalide[73].

Dans l'affaire *Lifchez c. Hartigan*[74] (« *Lifchez* »), la Cour de district de l'Illinois a examiné l'étendue du droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation. La Cour était saisie de la question de savoir si le par. 6(7) de la loi sur l'avortement de l'Illinois, qui interdisait la vente de fœtus et l'« expérimentation » sur un fœtus à moins que l'« expérience » soit « thérapeutique » pour le fœtus, violait les principes relatifs à l'application régulière de la loi prévus par le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis du fait de son imprécision.

La Cour a jugé que les termes non définis « expérimentation » et « thérapeutique » contenus dans la loi de l'Illinois la rendaient imprécise, entraînant ainsi une atteinte aux droits du demandeur en matière d'application régulière de la loi en vertu de la Constitution. La loi de l'Illinois contenait une disposition visant à exempter la fécondation in vitro. Cependant, la Cour a noté qu'étant donné le libellé imprécis, le DPI pouvait être considéré comme une procédure expérimentale qui n'est pas thérapeutique pour l'embryon in vitro, et qui risquerait donc de déborder le cadre de l'exemption relative à la fécondation in vitro[75].

En outre, le Cour s'est demandé si la loi de l'Illinois portait atteinte au droit de la femme à la vie privée et à la liberté en matière de procréation, reconnu aux termes de l'arrêt *Roe c. Wade*[76]. La Cour a jugé que le par. 6(7) était inconstitutionnel parce qu'il portait indûment atteinte au droit fondamental d'une femme à la vie privée; en particulier, le droit d'une femme de faire des choix en matière de procréation sans ingérence de la part du gouvernement ou de l'État[77].

Au soutien de sa décision, la Cour a cité le passage suivant de la décision *Carey c. Population Services International*[78] :

> La décision d'engendrer ou mettre au monde ou non un enfant est au cœur même de cet *ensemble de choix protégés par la Constitution*. Cette décision occupe une place particulièrement importante dans l'histoire du droit à la vie privée, un droit reconnu expressément pour la première fois dans des motifs concluant à l'inconstitutionnalité d'une loi interdisant l'utilisation de contraceptifs... et revendiqué avec le plus de retentissement ces dernières années dans le contexte de la contraception... et de l'avortement »[79]. [C'est nous qui soulignons]

La Cour a jugé que le par. 6(7) s'immisçait dans cet [TRADUCTION] « ensemble de choix protégés par la Constitution » qui comprenait des activités telles que le prélèvement de villosités choriales (qui fournit des renseignements sur le fœtus) et le transfert d'embryon (une technique de procréation assistée). La Cour a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> Le transfert d'embryon est une technique conçue pour permettre à une femme stérile de mettre au monde son propre enfant. Nul besoin d'un grand

---

72 *Supra* note 70 à la p. 1502.

73 *Ibid.*

74 *Lifchez c. Hartigan*, 1990 U.S. Dist. Lexis 4947 (Cour de district des États-Unis) (Lexis Nexis). Le docteur Lifchez contestait cette loi parce que lui-même ainsi que d'autres médecins de l'Illinois s'inquiétaient de la possibilité que le libellé imprécis de ses dispositions, notamment le par. 6(7), puisse être interprété de manière à s'appliquer aux techniques, telles que l'amniocentèse ou le prélèvement de villosités choriales, appliquées pour obtenir des renseignements sur l'embryon ou le fœtus. Si tel était le cas, les médecins qui appliquaient ces techniques pourraient être accusés en vertu des dispositions pénales de cette loi.

75 *Ibid.* aux par. 6-7 (Lexis Nexis).

76 *Roe, supra* note 58.

77 *Lifchez, supra* note 74 au par. 15 (Lexis Nexis).

78 *Carey c. Population Services International*, 431 U.S. 678, 52 L.Ed. 2d 675, 97 S.Ct. 2010 (1977).

79 *Ibid.* à la p. 685; *Lifchez, supra* note 74 au par. 15 (Lexis Nexis).

> saut logique pour voir *qu'au sein de cet ensemble de choix protégés par la Constitution qui comprend le droit d'avoir accès à des contraceptifs, il faut nécessairement inclure le droit de se soumettre à une intervention médicale susceptible de permettre, plutôt que de prévenir, la grossesse.* Le prélèvement de villosités choriales jouit d'une protection analogue. L'ensemble de droits protégés par la Constitution qui comprend le droit d'avorter un fœtus au cours du premier trimestre doit aussi inclure *le droit de se soumettre à une intervention conçue pour procurer des renseignements au sujet de ce fœtus qui peut ensuite conduire à la décision d'avorter.* Puisque l'État n'a aucun intérêt impérieux suffisant pour justifier qu'il empêche une femme d'interrompre sa grossesse au cours du premier trimestre… il ne peut y avoir aucun intérêt suffisant semblable pour justifier qu'il s'immisce dans ces autres activités protégées a cours du premier trimestre[80]. [C'est nous qui soulignons]

La Cour a conclu que le par. 6(7) était inconstitutionnel du fait qu'il [TRADUCTION] « empiétait sur cette zone protégée de la vie privée »[81]. Dans *Lifchez*, la Cour a affirmé, dans ses développements relatifs aux techniques de procréation assistée, que la décision d'une femme de se soumettre à une procédure déterminée de procréation assistée était un choix personnel et privé fondamental en matière de reproduction dans lequel l'État ne pouvait pas s'immiscer. L'entrave de l'État à l'accès d'une femme à de telles techniques, conçues pour fournir des renseignements nécessaires pour faire un choix en matière de reproduction, restreindrait son droit constitutionnel à la vie privée, tel qu'il a été reconnu dans l'arrêt charnière de la Cour suprême dans *Roe c. Wade* ainsi que dans *Carey c. Population Services International*[82].

Sommaire

Dans Margaret S. ainsi que dans *Lifchez*, le tribunal s'est prononcé sur des droits liés principalement à des renseignements relatifs à un fœtus ou un embryon in utero. Les tribunaux s'inquiétaient de la possibilité que des restrictions législatives de portée excessive relativement à l'expérimentation touchant le fœtus n'englobent des tests sur les fœtus qui pourraient fournir des renseignements nécessaires pour permettre à une femme de prendre des décisions éclairées en matière de reproduction. Dans *Margaret S.*, les tribunaux étaient prêts à étendre le droit fondamental de la femme de prendre des décisions en matière de procréation de manière à inclure le droit à des renseignements obtenus au moyen de tests pratiqués sur le fœtus in utero et in vitro. Les tribunaux étaient d'avis que des tests pratiqués sur le fœtus mort pourraient procurer à la femme des renseignements nécessaires pour lui permettre de prendre des décisions en matière de reproduction à l'avenir. Dans *Lifchez*, la Cour a statué que la technique de procréation assistée consistant au transfert d'un embryon, une technique mise au point pour permettre à une femme stérile de mettre au monde un enfant dont elle serait la mère génétique, relève de « l'ensemble de choix protégés par la Constitution » qui est une des composantes du droit fondamental à l'autonomie en matière de procréation.

Il se pourrait que les tribunaux américains jugent tout aussi importante l'information obtenu au moyen de tests pratiqués sur un embryon in vitro aux fins de la prise de décisions en matière de reproduction par les femmes, et qu'ils situent en conséquence cette information à l'intérieur de la sphère protégée par la Constitution. Au moins un tribunal a jugé que la décision de se soumettre à une procédure de procréation assistée afin de se reproduire est également protégée au titre du droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation. Il ne serait pas inconcevable que les tribunaux jugent que la fécondation in vitro et le DPI relèvent tous deux de choix fondamentaux qui méritent une protection constitutionnelle.

Allemagne

En 1990, l'Allemagne a adopté la *Embryonenschutzgesetz*[83] (Loi sur la protection des embryons, ci-après la « Loi allemande »). Cette loi confère une protection légale à la vie (y compris à l'embryon in vitro) avant la naissance[84]. Certains interprètent cette loi comme conférant des droits de la personne à l'embryon in vitro à compter du moment de la fécondation[85].

---

80 *Lifchez*, *supra* note 74 au par. 16 (Lexis Nexis).
81 *Ibid* aux par. 15-16 (Lexis Nexis).
82 *Ibid* aux par. 15 (Lexis Nexis).
83 *Embryonenschutzgesetz*, Bundesgesetzblatt, partie I, 19 décembre 1990 aux pp. 2746-2748.
84 Ecumenical Dialogue, *Biomedicin and Genetic Engineering*, (1998) vol. 2. En ligne : http://www.ikd.de/dialogue/22396_3375.html.
85 Chung, *supra* note 23 à la p. 15.

La Loi allemande a pour objet de préserver et de protéger les embryons in vitro. La sélection d'un embryon in vitro en fonction du sexe, du handicap ou du typage tissulaire[86] serait interdite en vertu de la Loi. Les seules activités autorisées aux termes de la Loi allemande relativement à l'embryon in vitro sont celles qui sont conçues pour procurer un avantage à l'embryon ou pour assurer sa préservation. Le DPI est interdit en Allemagne, vraisemblablement parce qu'il implique l'identification et la sélection des seuls embryons in vitro « sains », et l'élimination de ceux qui présentent une anomalie génétique.

L'article 3 de la Loi allemande interdit la fécondation d'un ovule au moyen d'un spermatozoïde sélectionné uniquement en fonction de leur chromosome sexuel respectif. La Loi aménage toutefois une exception de manière à permettre la sélection de spermatozoïde uniquement dans le but d'éviter une maladie génétique grave liée au sexe[87]. Certains ont pressé le gouvernement de permettre le DPI, étant donné que la position allemande paraît contradictoire.

En effet, d'une part, l'Allemagne permet de procéder à des tests prénataux sur le fœtus. Si une maladie génétique donnée est décelée chez le fœtus, la femme ou le couple peut opter pour un avortement génétique sans craindre de poursuites de la part de l'État. Bien que l'avortement soit illégal, la Cour constitutionnelle allemande a précisé que si une femme décide de se faire avorter, elle ne sera pas poursuivie en justice pourvu qu'elle consulte un conseiller en grossesses avant l'avortement et qu'elle soit enceinte de moins de 14 semaines au moment de l'avortement[88].

Et pourtant, d'autre part, la Loi allemande interdit de procéder à des tests DPI sur un embryon in vitro avant la grossesse. Le DPI éliminerait la nécessité d'un avortement génétique en permettant de sélectionner, préalablement au transfert chez la femme, seulement les embryons in vitro qui sont exempts d'une prédisposition génétique à une maladie donnée[89].

En Allemagne, plusieurs individus et groupes — notamment des groupes de femmes — appuient la Loi allemande, y compris l'interdiction du DPI. Ces groupes craignent que l'utilisation généralisée du DPI pour prévenir les handicaps ne mène à l'émergence d'attitudes négatives au sein de la société à l'égard des personnes souffrant de maladies chroniques ou des personnes handicapées[90]. La position allemande n'est pas surprenante, étant donné l'eugénisme pratiqué par les nazis en Allemagne avant et pendant la Seconde Guerre mondiale II.

Royaume-Uni

Le DPI est une activité réglementée en vertu du *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 du Royaume-Uni[91] (« HFEA », loi sur la fécondation et l'embryologie humaines). Cette loi autorise le DPI lorsqu'un individu ou un couple est susceptible de transmettre une maladie génétique ou lorsqu'une femme est âgée de plus de 35 ans. Les médecins doivent obtenir une autorisation de la Human Fertilisation and Embryology Authority (agence de contrôle de la fécondation et de l'embryologie humaines ou « Autorité ») pour pouvoir créer un embryon in vitro, et d'autres approbations pour pouvoir effectuer un DPI.

La HFEA exige l'obtention d'une licence pour pouvoir se livrer à toute [TRADUCTION] « pratique conçue » pour assurer que des embryons in vitro sont dans un [TRADUCTION] « état convenable pour être placés dans une femme »[92]. Le DPI a été jugé constituer une telle pratique, et toute clinique qui souhaite procéder à un DPI doit donc détenir une licence délivrée par l'Autorité.

---

86 Le « typage tissulaire » désigne un test visant à déterminer si des tissus sont immunologiquement compatibles entre eux.

87 *Supra* note 83.

88 Eriksson, *supra* note 42 à la p. 289; Questions and Answers about Germany: Health Care, Health Issues and Social Welfare. En ligne : http://www.germany-info.org/relaunch/info/facts/facts/questions_en/he.../healthissues3.htm.

89 Stephan Mueller, Ph.D. (Research Centre Biotechnology & Law, University of Lueneburg, Lueneburg, Germany), « Ethics and the regulation of Preimplantation diagnosis in Germany », (1997) 7 *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 5 à la p. 5. En ligne : http://www.biol.tsukuba.ac.jp/~macer/EJ71D.html.

90 Gabriele Pichlhofer et Sigrid Graumann, Frauen Forum Fotpflanzungsmedizin, Statement ReproKult, *The role of women in biomedical research*. En ligne : http://www.reprokult.de/posit_e.html.

91 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (c. 37). En ligne : http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm.

92 *Ibid.* article 1 (annexe 2).

En plus d'une autorisation, la clinique doit obtenir l'approbation de l'Autorité pour pouvoir utiliser le DPI pour analyser ou sélectionner des embryons in vitro en rapport avec une maladie génétique *spécifique*. L'Autorité ne délivre pas de licences autorisant de manière générale à procéder à des DPI relativement à tout trouble ou maladie génétique. Le régime prévoit plutôt une procédure selon laquelle un comité de l'Autorité examine au cas par cas les demandes d'approbation concernant la pratique du DPI relativement à une maladie ou un trouble donné.

L'art. 44 de la HFEA étend le champ d'application de l'art. 1 du *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (loi de 1976 sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) aux traitements de l'infertilité. Cela permet aux parents d'enfants nés handicapés au Royaume-Uni de poursuivre les médecins ou les cliniques en raison de leur négligence dans la réalisation d'un DPI ou de leur omission de procéder à un DPI sur un embryon in vitro pour dépister une maladie génétique.

La HFEA interdit l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe en fonction de considérations d'ordre social. En décembre 2003, l'Autorité a annoncé les résultats de consultations publiques au sujet de la sélection du sexe pour des raisons sociales. Environ 80 % des répondants se sont dits en faveur du maintien de l'interdiction législative[93].

L'Autorité a décidé de délivrer des licences autorisant la pratique de la fécondation in vitro, du DPI et du typage tissulaire en vue de transférer uniquement les embryons in vitro qui présentent une affinité génétique avec un frère ou une sœur existant atteint d'une maladie grave. La décision de l'Autorité a suscité une certaine controverse, et elle a été contestée par Josephine Quintavalle, agissant pour le compte d'un groupe ayant pour objectif d'attirer l'attention sur les questions éthiques liées à la procréation assistée. Ce groupe prônait notamment le principe du respect absolu de l'embryon humain. Mme Quintavalle a demandé un contrôle judiciaire de la décision de l'Autorité d'autoriser par voie de licences le typage tissulaire pour choisir des embryons parmi plusieurs embryons sains[94].

Dans *Quintavalle c. Human Fertilisation and Embryology Authority*[95] (« *Quintavalle* »), la Haute Cour a statué que la phrase [TRADUCTION] « pratique conçue pour assurer que des embryons in vitro sont dans un état convenable pour être placés dans une femme » à l'article 1 (annexe 2) de la HFEA habilitait l'Autorité à délivrer des licences autorisant la pratique du DPI et du typage tissulaire. La Cour a statué que le DPI et le typage tissulaire étaient autorisés en vertu de la HFEA afin de sélectionner, parmi plusieurs embryons sains, un embryon qui soit dans un état convenable à des fins de transfert, c'est-à-dire un embryon ayant des tissus compatibles avec ceux d'un frère ou d'une sœur déjà existant qui est atteint d'une maladie génétique grave[96].

On peut dire que la Cour a interprété les mots « dans un état convenable » de manière large afin de permettre le DPI et le typage tissulaire. Une interprétation stricte de ces mots aurait peut-être restreint les pratiques autorisées uniquement à celles visant à assurer la santé et la sécurité de l'embryon.

Au Royaume-Uni, les cliniques et les médecins doivent détenir une licence pour pouvoir pratiquer des DPI. Pour pouvoir procéder à un typage tissulaire en vue de créer un embryon in vitro susceptible de devenir un donneur de tissus, ils doivent obtenir l'approbation de l'Autorité. Les approbations sont données uniquement au cas par cas.

3.5.2.1 Conclusion

Il ressort de l'examen du Droit en Allemagne, aux États-Unis et au Royaume-Uni, que les lois internes régissant la pratique du DPI reflètent assez fidèlement la conception dominante de l'embryon humain au sein de ces sociétés des points de vue moral et juridique. Dans les ressorts où la majorité considère l'embryon in vitro comme une personne ou un être humain potentiel ayant certains droits, l'État restreint les pratiques de testage et d'expérimentation et/ou confère certains droits légaux à l'embryon

---

93 BioNews « HFEA rules out social sex selection » (12 novembre 2003). En ligne : http://www.bionews.org.uk.

94 *Quintavalle c. Human Fertilisation and Embryology Authority* [2003] E.W.J. No. 2533 (England and Wales Court of Appeal (Civil Division)) à la p. 4 (QL). J'ai cru comprendre qu'appel avait été interjeté de cette décision auprès de la Chambre des lords.

95 *Id.*

96 *Ibid* à la p. 15.

(Allemagne et Louisiane). Dans d'autres ressorts, où l'embryon in vitro n'est pas considéré comme un être humain, mais plutôt comme un être *sui generis*, c.-à-d. comme méritant un certain respect mais non des droits susceptibles de sanction judiciaire, l'État soit n'impose aucune restriction à l'utilisation du DPI ou en réglemente la pratique plutôt que de l'interdire (Royaume-Uni et la majorité des états américains).

3.5.3 Écrits et commentaires scientifiques

Malgré l'absence de jurisprudence concernant le DPI, les commentaires scientifiques sur le sujet ne manquent pas, surtout aux États-Unis.

Pour beaucoup d'experts américains, les choix en matière de procréation relèvent du droit à l'autonomie en matière de procréation protégé par la Constitution au titre du droit à la liberté. Le droit à l'autonomie en matière de procréation est assez large pour englober le droit de choisir de se soumettre à une procédure de procréation assistée, de même que le droit de choisir d'assujettir les embryons in vitro ainsi obtenus à un DPI. L'autonomie en matière de procréation est considérée comme incluant le choix d'avoir des enfants en santé, de même que le droit de ne pas avoir des enfants malades[97].

Ces experts soutiennent que l'autonomie en matière de procréation comprend le droit d'obtenir et d'utiliser des renseignements génétiques pour faire des choix en matière de reproduction. Si les individus sont libres de décider de procréer ou non, et si des renseignements relatifs à la présence ou à l'absence d'une anomalie génétique sont susceptibles d'influer sur cette décision, il est évident que les parents éventuels devraient être libres d'obtenir et d'utiliser les renseignements génétiques pour étayer leur prise de décision[98]. Ces commentateurs prétendent non pas que le droit d'obtenir de l'information génétique est un droit positif ou qu'il oblige l'État à offrir des tests génétiques, mais plutôt qu'il s'agit d'un droit négatif d'accès à des tests génétiques sans ingérence gouvernementale[99].

D'autres commentateurs ont soutenu que les parents ont un droit fondamental, découlant du droit naturel, de prendre des décisions concernant le bien-être des enfants qu'ils élèvent. Au regard de l'intervention génétique, ce droit fondamental permettrait aux parents de protéger la santé et l'intégrité physique de leurs enfants en prenant des décisions cruciales pour leurs enfants à tous les stades de leur développement[100]. Ces commentateurs avancent que ce droit fondamental permettrait aux parents de prendre des décisions, sur la base de renseignements génétiques, en vue d'écarter les maladies incapacitantes au premier stade de la procréation, soit le stade embryonnaire. Ce droit permettrait aux parents de choisir la non-vie, plutôt qu'une vie handicapée, pour leur futur enfant en choisissant de recourir à des tests et en sélectionnant à des fins de transfert seuls les embryons in vitro qui sont libres d'une maladie ou d'un trouble génétique[101].

Plusieurs experts croient cependant que l'État doit imposer certaines restrictions à l'utilisation du DPI, étant donné les répercussions sociales que pourrait avoir l'utilisation non réglementée de cette technique. Au moins un des commentateurs propose de frapper le DPI d'une interdiction totale, au motif que le DPI mènera à la discrimination au sein de la société contre les personnes nées avec des handicaps[102].

Les commentateurs qui s'opposent au DPI soutiennent souvent que le rejet d'un embryon au motif de la *possibilité* d'un handicap est discriminatoire, et qu'un tel geste repose sur une mauvaise compréhension de la nature des handicaps qui dévalorise les personnes vivant avec des handicaps[103]. Ces mêmes commentateurs soutiennent en outre que si les maladies et troubles génétiques en viennent à être perçus comme évitables, les tests génétiques, tels que le DPI et la thérapie génétique, risquent de favoriser l'émergence de conceptions sociales étroites

---

97 John Robertson, « Genetic Selection of Offspring Characteristics », (1996) 76 *B.U.L. Rev.* 421 à la p. 1.

98 *Ibid.* à la p. 2.

99 Megan A. Jellinek, « Disease Prevention and the Genetic Revolution: Defining a Parental Right to Protect the Bodily Integrity of Future Children », (2000) 27 *Hastings Const. L.Q.* 369 à la p. 16 (Lexis Nexis).

100 *Ibid.* (Jellinek) à la p. 4 (Lexis Nexis); Rebecca Knox, « Preimplantation Genetic Diagnosis: Disease Control or Child Objectification? », (2003) 22 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 435 aux pp. 3-7 (Lexis Nexis).

101 *Ibid.* (Jellinek).

102 Jodi Danis, « Sexism and 'The Superfluous Female': Arguments for Regulating Pre-Implantation Sex Selection », (1995) 18 *Harv. Women's L.J.* 219 à la p. 3 (Lexis Nexis).

103 Jost, *supra* note 54 à la p. 641; Robertson, *supra* note 97.

de la « santé » et de la « normalité », et éventuellement la prédominance de conceptions semblables au sein de la société. Ces normes renforceraient les préjugés actuels contre les personnes handicapées ou les personnes dont les caractéristiques physiques ne correspondent pas à l'idéal culturel[104].

De telles normes risqueraient aussi de susciter une animosité sociale envers les parents qui permettraient que leurs enfants naissent « défectueux » en dépit de leur connaissance préalable du risque d'une maladie ou d'un trouble génétique. De ce fait, la tendance sociale à l'encouragement de la tolérance à l'égard de la diversité humaine pourrait basculer pour céder la place à l'élaboration de méthodes visant à éviter ou éradiquer la diversité[105].

Au surplus, le DPI risque d'être utilisé pour identifier des traits génétiques autres que ceux liés à des maladies ou troubles génétiques éventuels, de sorte que cette technique de procréation utile qu'est le DPI pourrait être pervertie au service de visées eugénistes. En prévenant la naissance d'au moins certains enfants touchés d'incapacités héréditaires, l'utilisation du DPI pourrait renforcer les attitudes sociales discriminatoires envers les personnes handicapées en général[106].

3.5.4 Le Droit au Canada

Au Canada, les médecins recommanderaient probablement le DPI lorsque des preuves indiquent que l'individu ou le couple risque de transmettre une maladie génétique grave à sa progéniture, ou lorsque la mère est âgée de plus de 35 ans[107]. À l'heure actuelle, le Canada compte un seul centre qui pratique le DPI. Ce centre est situé à Montréal, au Québec.

La *Loi sur la procréation assistée*

Le 22 avril 2004, certaines parties de la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*[108] *(titre abrégé : Loi sur la protection assistée*; la « LPA ») ont été proclamées en vigueur. Sous le régime de la LPA, certaines utilisations du DPI sont interdites, tandis que d'autres seront encadrées à titre d'activités réglementées. La Loi permet l'utilisation du DPI pour sélectionner uniquement des embryons in vitro d'un sexe déterminé pour des raisons médicales, c'est-à-dire pour prévenir, diagnostiquer ou traiter des maladies ou des anomalies liées au sexe. En revanche, la Loi interdit l'utilisation du DPI, ainsi que d'autres techniques, pour sélectionner, pour des motifs d'ordre social ou culturel, seulement les embryons d'un sexe déterminé à des fins de reproduction (LPA al. 5(1)c)). Quiconque contrevient à cette interdiction est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende importante et/ou d'une peine d'emprisonnement.

Les dispositions de la LPA relatives aux infractions sont édictées en vertu de la compétence législative fédérale en matière de Droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 60 de la Loi dispose que quiconque est déclaré coupable d'avoir commis un acte interdit est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende maximale de 250 000 $ ou 500 000 $ et/ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 4 à 10 ans. Quiconque est déclaré coupable d'une contravention à l'un quelconque des règlements pris en vertu de la Loi est passible, dépendant du type d'infraction, d'une amende maximale de 100 000 $ à 250 000 $ et/ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 2 à 5 ans (article 61).

La LPA confère au gouverneur en conseil de vastes pouvoirs réglementaires, ainsi que le pouvoir de constituer la future Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« l'Agence »). L'utilisation du DPI, pour d'autres raisons que la sélection du sexe en fonction de considérations sociales, sera fort probablement

---

[104] Danis, *supra* note 102.

[105] Munayyer, *supra* note 1 à la p. 4 (Lexis Nexis).

[106] Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4 aux pp. 33-34.

[107] Les médecins canadiens se tournent actuellement soit vers la Déclaration de principe commune de la Société canadienne de fertilité et d'andrologie et de la Société canadienne des obstétriciens et des gynécologues, intitulée « Considérations déontologiques sur la procréation assistée », (1999) *Journal de la SOGC* 4, soit vers les lignes directrices professionnelles établies par le comité de déontologie de la Société américaine de médecine de la procréation (les « Lignes directrices américaines ») (Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, *Sex selection and Preimplantation genetic diagnosis* (1999) 72 (nº 4) *Fertility and Sterility* 595.) pour s'orienter sur le plan déontologique relativement à la prestation de services de DPI.

[108] *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3e session, 37e Parlement, 52-53 Elizabeth II, 2004 (adoptée le 12 mars 2004, certaines dispositions proclamées en vigueur le 22 avril 2004). En ligne : http://www.parl.gc.ca.

assujettie à des règlements pris en vertu de la Loi, et les médecins et/ou les cliniques seront fort probablement tenus d'obtenir une autorisation de l'Agence pour pouvoir pratiquer des DPI. En outre, une fois constituée, l'Agence aura le pouvoir d'assortir chaque autorisation de conditions afin d'encadrer encore davantage la pratique du DPI.

La *Charte*

L'application de la *Charte* présuppose une action gouvernementale présumée attentatoire à l'un quelconque des droits et libertés garantis à une personne par cet instrument. L'article 7 prévoit les intérêts et les droits les plus susceptibles d'être mis en cause dans une situation où une action étatique empêcherait une femme d'obtenir, au sujet de son embryon in vitro, des renseignements nécessaires pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation.

La démarche analytique établie par les tribunaux pour l'application de l'article 7 se décompose en trois étapes. Premièrement, les tribunaux déterminent si l'État a porté atteinte à l'un des droits prévus à l'article 7, c.-à-d. le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de sa personne. Deuxièmement, les tribunaux cernent et définissent le principe de justice fondamentale applicable. Troisièmement, les tribunaux déterminent si l'atteinte portée par l'État est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, l'action étatique sera jugée constitutionnelle. En revanche, si le tribunal juge que l'action étatique attentatoire n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, soit il conclura à l'inconstitutionnalité de l'action attaquée, soit il examinera la question de savoir si l'État peut justifier l'atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation. Ce droit, comme tous les autres droits, n'est pas absolu. Il peut être limité par l'État au moyen de lois et de règlements. Toute restriction imposée par l'État doit s'accorder avec les principes de justice fondamentale et doit être justifiable. Les arrêts suivants de la Cour suprême traitent de l'autonomie en matière de procréation.

Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*[109], la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a invalidé les dispositions attaquées du *Code criminel* fédéral relatives à l'avortement, au motif que ces dispositions restreignaient l'accès d'une femme à l'avortement thérapeutique et violaient ainsi son droit à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Les juges de la majorité ont statué que le gouvernement ne pouvait pas justifier les dispositions du *Code criminel* en vertu de l'art. 1 de la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* dispose :

> Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* énonce :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'affaire *Morgentaler* a donné lieu à trois jugements distincts de la part des juges de la majorité ainsi qu'à une dissidence. La juge Wilson (rédigeant une des opinions de la majorité uniquement en son nom) a fondé les motifs de sa décision sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne prévus à l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, la liberté protégée par l'art. 7 évoque non seulement la liberté physique mais aussi les notions fondamentales de la dignité humaine, de l'autonomie individuelle et de la vie privée.

La juge Wilson a écrit : « un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante

[109] *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Il importe cependant de noter que la Cour suprême n'a pas exclu la possibilité que le gouvernement impose des restrictions à l'avortement après que le fœtus a atteint le point de viabilité en dehors de l'utérus.

cruciale du droit à la liberté »[110]. À son avis, l'art. 7 confère aux femmes une marge d'autonomie telle qu'aux premiers stades de la grossesse, la femme a un droit absolu de prendre des décisions personnelles concernant sa grossesse sans intervention de l'État[111].

Le juge Beetz (rédigeant une des opinions majoritaires en son nom ainsi qu'au nom du juge Estey) et la juge Wilson ont tous deux affirmé, dans des remarques incidentes, que l'intérêt de l'État dans le développement de la vie humaine pouvait devenir supérieur au moment où le fœtus atteignait le point de viabilité, c.-à-d. le stade où le fœtus pouvait survivre en dehors de l'utérus de la mère sans aide artificielle. Les deux juges ont affirmé que la viabilité du fœtus pourrait constituer un fondement pour l'élaboration par l'État de limites législatives valides au droit d'une femme à l'avortement.

La juge Wilson a développé cette idée comme suit :

> Je serais d'avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né [...] en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers.
>
> [...]
>
> Une conception du fœtus fondée sur le stade de développement [...] appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. *Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons.* Ses raisons d'avoir un avortement pourraient toutefois, à bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. [...] Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre[112]. [C'est nous qui soulignons]

Selon la juge Wilson, l'intérêt de l'État dans le fœtus ne deviendrait supérieur qu'aux derniers stades de la grossesse, dans le courant du deuxième trimestre, et serait fondé sur la viabilité du fœtus. Cependant, elle a estimé que l'autonomie de la femme serait absolue au cours des premiers stades de la grossesse, lorsque le fœtus en développement existe sous la forme d'un ovule nouvellement fécondé (un embryon).

Depuis l'arrêt *Morgentaler*, les femmes au Canada ont été admises à interrompre une grossesse sans craindre d'encourir des sanctions pénales. Ce droit s'appliquerait tout autant à la conception par voie de procréation sexuelle qu'à celle recourant à des techniques de procréation assistée.

Bien qu'elle ne soulève aucune question relative à la *Charte*, l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*[113] a amené la Cour suprême à formuler des observations relatives à la liberté protégée par la *Charte* à l'article 7. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si elle pouvait exercer sa compétence *parens patriae* pour protéger un enfant à naître en ordonnant que la mère soit placée sous garde en raison de sa dépendance aux vapeurs de la colle. La majorité de la Cour suprême a jugé que les tribunaux n'ont pas de compétence *parens patrie* à l'égard d'un enfant à naître et ne peuvent donc pas ordonner le

---

110 *Ibid.* au par. 228.

111 *Ibid.* au par. 258.

112 *Ibid.* aux par. 257 et 258.

113 *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] A.C.S. nº 96 (Greffe : 25508) (QL). (Un juge de la Cour supérieure avait jugé que le tribunal pouvait exercer sa compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître et avait ordonné le placement sous garde de la mère. La Cour d'appel avait jugé que le droit de la responsabilité civile délictuelle dans son état actuel et la compétence *parens patriae* ne pouvaient fonder une telle ordonnance, et elle avait renversé la décision du juge de la Cour supérieure.)

placement sous garde de la mère dans le but d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à un enfant à naître[114].

La décision de la majorité a été rendue par la juge McLachlin. Dans ses motifs, celle-ci a passé en revue le Droit de la responsabilité civile délictuelle et l'étendue de la compétence *parens patriae* de la cour. La juge McLachlin a affirmé que l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître était susceptible de porter atteinte à une gamme étendue de libertés. Cela permettrait au tribunal de prendre des décisions fondamentales pour la femme enceinte, comme choisir son milieu de vie et décider de suivre un traitement médical. La juge a relevé que la compétence *parens patriae* n'avait jamais été invoquée pour permettre à un tribunal de prendre des décisions au nom d'une femme non atteinte d'une déficience mentale, qu'elle soit enceinte ou non. La majorité des juges était d'avis que l'exercice de compétence demandé en l'espèce empiéterait sérieusement sur les droits de la femme[115].

Depuis l'arrêt *Winnipeg*, d'autres décisions de la Cour suprême sont venues étendre et préciser la portée de la liberté protégée par l'article 7. Dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*[116] (« *Godbout* »), *la Cour suprême était saisie de la question de savoir si un règlement municipal imposant des restrictions sur le lieu de résidence d'un employé de la municipalité portait atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte*. Le juge LaForest a repris les observations formulées par la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler, supra*, concernant la liberté protégée par l'art. 7. Il a affirmé qu'à son avis, la liberté protégée à l'art. 7 confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne[117].

Il a affirmé que l'art. 7 s'étend :

> [...] au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État [...] cette sphère d'autonomie [n'est pas] vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires [...] l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles[118].

Les affaires suivantes confirment que les droits protégés par l'article 7 de la *Charte* peuvent être désormais invoqués en dehors du contexte pénal, dans les situations où l'action gouvernementale a des incidences sur le système de justice et son administration. En outre, ces affaires précisent davantage l'étendue de la liberté visées à l'article 7 et l'étendue du droit de tout individu à la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7.

Dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*[119] (« *G.(J.)* »), le juge en chef Lamer, auteur des motifs de la majorité de la Cour, a étendu l'application de l'art. 7, au-delà du contexte pénal, à des situations où l'action gouvernementale a des incidences sur le système de justice et l'administration de la justice. Dans *G.(J.)*, on a jugé que l'art. 7 s'appliquait dans le contexte d'une audience en matière de protection de l'enfance et de garde. La Cour suprême était saisie de la question de savoir si un parent a le droit constitutionnel d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État lorsque celui-ci demande au tribunal d'ordonner que la garde de son enfant lui soit retirée.

La majorité a affirmé que les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne au sens de la *Charte*. Elle a précisé que seuls les actes de l'État ayant « des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne » seraient contraires à l'art. 7 : « les répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires »[120].

---

114. *Ibid.* au par. 2.
115. *Ibid.* au par. 56.
116. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.
117. *Ibid.* au par. 65.
118. *Ibid.* au par.66.
119. *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46
120. Chapitre 2 du document du Projet à la p. 30.

Après avoir conclu que l'action gouvernementale consistant à retirer à l'appelante la garde de son enfant violait le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne, la majorité a examiné la question de savoir si cette intervention étatique était conforme aux principes de justice fondamentale[121]. La majorité a affirmé que les principes de justice fondamentale applicables aux audiences portant sur la protection d'un enfant comprenaient à la fois des aspects touchant le fond et des aspects touchant la procédure. L'audience relative à la garde, bien qu'elle ait un caractère administratif plutôt que criminel, demeure une procédure contradictoire. Sans avocat, l'appelante ne pourrait pas participer efficacement à l'audience[122]. La majorité a conclu que l'atteinte potentielle aux droits de l'appelante au titre de l'article 7 n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat rémunéré par l'État et que cette atteinte n'aurait pas été justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*[123].

Dans l'arrêt Gosselin c. Québec[124] *(« Gosselin »)*, la Cour suprême a limité l'application de l'art. 7 aux situations où l'action étatique a des incidences sur l'administration de la justice. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 de la *Charte* emporte le droit de recevoir de l'État un certain niveau d'aide sociale[125]. La juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit que « selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition a pour objet d'empêcher certains types d'atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, soit celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice »[126].

La juge en chef a affirmé que l'art. 7 ne protège pas contre toutes les mesures susceptibles de porter atteinte d'une façon ou d'une autre au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité, mais seulement contre celles pouvant être imputées à un acte de l'État accompli dans le cadre de l'administration de la justice. L'administration de la justice ne s'entend pas exclusivement des procédures criminelles. Au contraire, tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice, telles que les procédures en matière de droits de la personne, les droits des parents relativement à un traitement médical imposé par l'État, les droits des parents dans le cadre de procédures judiciaires en matière de garde d'enfant et la liberté de refuser des traitements de la toxicomanie[127]. La juge McLachlin a noté qu'à ce jour, l'article 7 avait été appliqué dans les situations où l'État avait privé des individus du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. Elle a affirmé qu'à l'avenir, l'article 7 pourrait éventuellement être interprété comme imposant des obligations positives à l'État. Cependant, étant donné que les faits en l'espèce n'impliquaient aucun acte de l'État entraînant une violation de l'art. 7, la majorité a rejeté l'action de l'appelante[128].

Dans les affaires *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*[129] *(« Malmo-Levine »)*, la Cour suprême était notamment saisie de la question de savoir si les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* fédérale relatives à la possession et au trafic de marijuana violaient l'art. 7 de la *Charte*. Un des appelants prétendait que les dispositions législatives portaient atteinte à son droit à la liberté prévu à l'art. 7. L'autre appelant soutenait que la menace d'emprisonnement que fait peser une déclaration de culpabilité pour possession de marijuana n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale[130].

La Cour a jugé à la majorité que la possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marijuana suffisait pour justifier un examen fondé sur l'art. 7. La majorité a affirmé que la portée de la *Charte* ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. La *Charte* sert plutôt à protéger les choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles[131].

---

121 *G.(J.) supra* note 119 au par. 18.
122 *Ibid.* au par. 21.
123 *Ibid.* au par. 23.
124 *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429. En ligne : http://www.lexum.umontreal.ca.
125 *Ibid.* au par. 26.
126 *Ibid.* au par. 28.
127 *Ibid.* au par. 29.
128 *Ibid.* aux par. 29-30.
129 *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] CSC 74. En ligne : http://www.lexum.umontreal.ca.
130 *Ibid.* aux par. 81-82.
131 *Ibid.* au par. 86.

La majorité a jugé qu'il en va autrement de la possibilité d'emprisonnement : un tel risque met en jeu le droit à la liberté[132]. En pareil cas, les tribunaux se demanderont si le risque de privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

Les appelants convenaient que l'État peut agir pour prévenir les préjudices à autrui sans violer les principes de justice fondamentale. Cependant, ils soutenaient que parce que la marijuana ne cause pas de préjudice, l'État n'avait aucun intérêt à les priver de la liberté de posséder de la marijuana et que, par conséquent, l'atteinte à leur droit à la liberté n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale[133].

La Cour a rejeté l'argument des appelants voulant que le principe fondamental en cause en l'espèce soit le « principe du préjudice ». Elle a plutôt jugé que l'intérêt légitime de l'État en l'espèce était la « prévention des préjudices »[134]. La loi ne sera pas jugée arbitraire ou irrationnelle dès lors que l'État conclut que le préjudice à prévenir n'est pas négligeable ni insignifiant et que la loi n'est pas exagérément disproportionnée à l'intérêt de l'État[135].

La décision de procréer ou non serait selon toute vraisemblance considérée par les tribunaux comme une décision d'importance fondamentale pour la personne et serait donc protégée contre l'ingérence de l'État en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Les tribunaux jugeraient fort probablement que le choix de se reproduire sexuellement ou de se reproduire en recourant aux techniques de procréation assistée relève de la sphère de décisions personnelles protégée par la *Charte*. Il se pourrait que les tribunaux adoptent l'approche américaine, qui a élargi l'autonomie en matière de procréation de manière à inclure le droit d'obtenir des renseignements médicaux au sujet de produits de conception qui sont jugés nécessaires à la prise de décisions en matière de procréation. En revanche, il se pourrait aussi que les tribunaux canadiens adoptent une approche restrictive et limitent la protection de la *Charte* à la décision de procréer ou de ne pas procréer.

Cette dernière hypothèse paraît cependant peu probable, puisque l'on peut soutenir que les renseignements relatifs au fœtus dans le ventre de la mère sont souvent nécessaires pour permettre aux femmes de faire des choix en matière de procréation, et il s'ensuit donc que les renseignements relatifs à l'état de l'embryon in vitro sont tout aussi importants pour permettre la prise de décisions autonome par les femmes. En fait, d'aucuns pourraient peut-être avancer des arguments impérieux selon lesquels l'information relative à l'état génétique d'un embryon in vitro est plus importante pour la femme puisqu'elle lui permet de prendre une décision en matière de procréation avant de devenir enceinte et d'éviter ainsi les risques physiques et psychologiques liés à l'avortement.

Les décisions qui suivent sont importantes au regard de l'analyse du droit d'une personne d'avoir accès à une thérapie ou un traitement médical particulier. Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*[136], la Cour suprême était saisie de la question de savoir si l'alinéa 241*b*) du *Code criminel* violait les droits de l'appelante à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (*Charte*, art. 7) en faisant une infraction criminelle du fait pour une autre personne d'aider M^me^ Rodriguez à se suicider. L'appelante souffrait de sclérose latérale amyotrophique, une maladie mortelle qui lui ferait éventuellement perdre la capacité de parler, d'avaler, de marcher et de bouger sans assistance[137].

Au moment où elle ne pourrait plus jouir de la vie, elle voulait qu'un médecin la dote d'un dispositif au moyen duquel elle pourrait mettre fin à ses jours au moment qu'elle choisirait, et ce, sans que le médecin qui lui fournirait cette aide ne s'expose à des poursuites pénales[138]. La majorité a examiné d'autres décisions judiciaires pertinentes, en commençant par *Morgentaler*, *supra*, et a conclu que la sécurité de la personne englobe : (1) l'autonomie personnelle, c.-à-d. le droit de faire des choix concernant sa propre personne, (2) le contrôle sur son intégrité physique et mentale et (3) la dignité humaine fondamentale, sans ingérence de l'État sous la forme d'interdictions pénales[139].

---

[132] *Ibid.* au par. 89.
[133] *Ibid.* aux par. 90-92.
[134] *Ibid.* au par. 130.
[135] *Ibid.* aux par. 133-135.
[136] *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.
[137] *Ibid.* à la p. 520.
[138] *Id.*
[139] *Ibid.* à la p. 588.

La Cour a noté que dans *Morgentaler, supra*, on avait jugé que la sécurité de la personne comprenait le droit d'accès à un traitement médical bénéfique relativement à une condition qui menace la vie ou la santé sans craindre de sanctions criminelles[140]. Une majorité de cinq juges de la Cour suprême a statué que l'interdiction portait atteinte aux droits de l'appelante à la liberté et à la sécurité de la personne, mais qu'elle ne le faisait pas d'une manière qui violait les principes de justice fondamentale. Ainsi, l'interdiction de l'aide au suicide prévue au *Code criminel* a été jugée constitutionnelle[141].

Dans *R. c. Parker*[142] (*"Parker"*), la Cour d'appel de l'Ontario était saisie de la question de savoir si les interdictions de la culture et de la possession de marijuana prévues par deux lois fédérales portaient atteinte aux droits de l'intimé à la sécurité de sa personne et à la liberté prévus à l'article 7 de la *Charte*[143]. Parker alléguait que les interdictions avaient des répercussions sur sa santé, et par conséquent, sur ses droits à la sécurité de sa personne et à la liberté.

La Cour d'appel a affirmé que *Morgentaler, supra*, était l'arrêt clé pour ce qui est des rapports entre les traitements médicaux et le Droit criminel. Dans cette affaire, l'ingérence de l'État dans l'intégrité physique et la tension psychologique imposée par l'État, à tout le moins dans le contexte du Droit criminel, constituaient une atteinte à la sécurité de la personne. Cette conception du droit à la sécurité de la personne avait été adoptée dans *Rodriguez, supra*, et dans *G.(J.), supra*[144].

La Cour d'appel, s'appuyant sur les observations de la Cour suprême dans *Morgentaler* et *Rodriguez*, a jugé que :

> [TRADUCTION]
>
> ... l'interdiction, au moyen d'une sanction criminelle, de l'accès à des médicaments raisonnablement requis pour traiter une condition médicale qui menace la vie ou la santé constitue une atteinte à la sécurité de la personne... Priver un patient de médicaments en pareilles circonstances, au moyen d'une sanction criminelle, constitue aussi une atteinte grave à l'intégrité physique et à l'intégrité psychologique.[145]

Et plus loin dans le jugement :

> [TRADUCTION]
>
> ... le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une certaine protection contre l'ingérence de l'État lorsque la vie ou la santé de la personne est menacée... Une atteinte à la « sécurité de la personne » au sens de l'article 7 présuppose nécessairement une intervention de l'État. Si une règle de Droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement médical convenable lorsque sa vie ou sa santé sont menacées, il y a là une intervention de l'État et cette intervention constitue une atteinte à la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. *La sécurité de la personne doit inclure le droit d'avoir accès à un traitement médical relativement à une condition médicale qui menace la vie ou la santé constitue une atteinte à la sécurité de la personne sans être passible d'une sanction criminelle.* Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est menacée à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat ou aucun traitement du tout, il est porté atteinte au droit à la sécurité de la personne[146]. [C'est nous qui soulignons]

3.5.4.1 Conclusion

Les arrêts évoqués ci-dessus montrent que les tribunaux considèrent certains choix et décisions individuels comme si fondamentalement personnels qu'ils relèvent d'une sphère personnelle. Ce ne sont pas tous les choix qui jouiront d'une protection; le choix doit se rapporter à un sujet qui, par sa nature même, participe de l'essence

---

[140] *Ibid.* à la p. 587.
[141] *Ibid.* à la p. 583.
[142] *R. c. Parker* (July 31, 2000). En ligne : http://www.canlii.org/on/cas/onca/2000/2000onca359.html.
[143] Le juge de première instance avait statué que les interdictions violaient les droits de l'intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne prévus à l'article 7 de la *Charte* et étaient contraires aux principes de justice fondamentale. Plutôt que de déclarer l'interdiction inopérante, le juge de première instance avait considéré qu'elle incluait une exception visant les personnes qui cultivent ou qui possèdent de la marijuana à leur usage personnel, avec l'approbation d'un médecin.
[144] *Ibid.* au par. 18.
[145] *Ibid.* au par. 20.
[146] *Ibid.* au par. 22.

même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

3.5.5 Analyse

Il n'y a pas de jurisprudence au Canada concernant la question de savoir si une femme a ou non le droit d'obtenir des renseignements relatifs à la condition médicale ou génétique de son enfant non encore né, encore moins d'obtenir des renseignements relatifs à la condition de son embryon in vitro.

La scène internationale

Comme nous l'avons mentionné précédemment, certains instruments internationaux relatifs aux droits de la personne comportent des dispositions qui traitent de la formation et de la planification de la famille et qui ont été interprétées comme reconnaissant aux femmes une certaine autonomie en matière de procréation. Une auteure a affirmé que l'on pouvait dégager un droit international à la liberté en matière de procréation [TRADUCTION] « au moyen d'une analyse traditionnelle des droits de la personne, à partir des traités et chartes internationaux existants »[147]. Selon elle, un droit fondamental à la liberté en matière de procréation peut se fonder sur trois principes fondamentaux du Droit international : la vie privée, l'égalité et la santé[148].

Il convient de noter que la CEDAW ne limite pas l'autonomie en matière de procréation au droit d'interrompre une grossesse. En effet, cette convention peut s'interpréter comme prévoyant un droit général qui inclut des droits relatifs à la planification familiale, comme le droit de décider du nombre et de l'espacement des grossesses. Ces droits semblent exister indépendamment d'une grossesse. L'on pourrait soutenir que le Droit international à l'autonomie en matière de procréation, qui s'infère de ces instruments, englobe et protège toutes les décisions relatives à la procréation, telles que les décisions relatives à la réalisation de tests génétiques.

Les instruments et les commentaires internationaux pourraient être invoqués pour guider l'interprétation judiciaire de l'étendue de l'autonomie en matière de procréation au titre du droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* et dans le cadre de toute loi interne.

La Convention du Conseil de l'Europe pourrait aussi être portée à l'attention des tribunaux à titre d'exemple de la façon dont d'autre pays abordent le DPI et l'information génétique. La Convention dispose qu'il peut être procédé à des tests génétiques pour déterminer la présence d'un gène responsable d'une maladie (art. 12). Le Rapport explicatif à la Convention indique que l'article 12 n'entraîne aucune limitation au droit de procéder à des tests diagnostics sur un embryon afin de déterminer si celui-ci est porteur de caractères héréditaires qui entraîneront une grave maladie chez l'enfant à naître.

Autres pays et territoires

Les tribunaux se tournent parfois vers la jurisprudence constitutionnelle américaine pour orienter leur interprétation des droits et libertés reconnus et protégés par la *Charte*. Les tribunaux de certains états américains ont élargi le droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation de manière à inclure le droit d'obtenir des renseignements susceptibles d'aider une femme à prendre une décision en matière de procréation. En outre, il y a au moins un tribunal d'un état américain qui a jugé que le droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation inclut le droit de choisir de recourir à une technique de procréation assistée pour devenir enceinte.

La *Charte*

Le droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* pourrait être vu comme un des fondements de l'autonomie en matière de procréation au Canada. L'on pourrait soutenir que l'autonomie en matière de procréation comprend à tout le moins deux droits égaux mais opposés : le droit de procréer et le droit de ne pas procréer.

---

[147] Elizabeth K. Spahn « Reproduction, Rights, and Reality: How Facts and Law Can Work for Women: Waiting for Credentials: Feminist Theories of Enforcement of International Human Rights », (1995) 44 Am. U.L. Rev. 1053 au par. 5 (Lexis Nexis).

[148] *Ibid.* La « liberté » est reconnue comme un droit de la personne sur le plan international depuis 1948 — dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, à l'art. 12, et au par. 8(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme* (1950); « égalité » *Charte des Nations Unies*, par. 1(3) et préambule — libertés fondamentales pour tous sans égard au sexe; et « santé » *Déclaration universelle des droits de l'homme*, par. 25(1) (Lexis Nexis).

La juge Wilson était d'avis que la liberté visée à l'article 7 ne concernait pas que la liberté physique; elle englobe aussi les notions de dignité, d'autonomie et de vie privée. La juge Wilson considérait que le droit de prendre certaines décisions personnelles fondamentales sans ingérence de l'État comme une des composantes essentielles de la dignité humaine. Elle concluait que cet aspect du droit à la liberté conférait aux femmes une marge d'autonomie dans la prise de décisions relatives à la procréation, au moins aux premiers stades de la grossesse. En pratique, cela conférait aux femmes le droit de poursuivre leur grossesse et de procréer, ou d'interrompre leur grossesse et de ne pas procréer, au moins aux premiers stades de la grossesse.

Il convient de noter que la juge Wilson n'a pas donné à entendre que les femmes avaient une autonomie illimitée, mais plutôt une marge d'autonomie. La juge Wilson a aussi limité l'autonomie décisionnelle de la femme en matière de procréation aux premiers stades de la grossesse, avant que le fœtus atteigne le point de viabilité. Elle et le juge Beetz (aux motifs duquel a souscrit le juge Estey) considéraient tous deux qu'à un certain stade au cours de la grossesse, l'intérêt de l'État dans le développement du fœtus deviendrait assez important pour justifier l'imposition par l'État de restrictions au droit de la femme.

L'interprétation que la juge Wilson a fait du droit à la liberté prévu à l'article 7 peut être considérée comme compatible avec les articles de la CEDAW qui confèrent aux femmes le droit de décider librement du nombre et de l'espacement de leurs grossesses. Les commentaires du Comité de la CEDAW au sujet de ces articles confortent une telle interprétation. En effet, le Comité y affirme que la décision d'une femme en matière de procréation devait être libre de toute immixtion de la part d'un conjoint, d'un parent ou de l'État.

Les droits liés à l'autonomie en matière de procréation que la juge Wilson a énoncés dans *Morgentaler, supra*, concernaient la femme enceinte. Maintenant que la biotechnologie offre d'autres méthodes de conception, devrait-on étendre l'autonomie en matière de procréation de manière à protéger le processus décisionnel relatif à un embryon in vitro?

Les femmes enceintes et les tests génétiques sur l'embryon ou le fœtus

Il est courant pour les femmes enceintes au Canada de subir des échographies au cours de leur grossesse. Ces tests permettent au médecin de suivre l'évolution de la grossesse et de déceler des anomalies chez le fœtus en développement. Dans le cas des couples ou des femmes qui ont des antécédents de maladie génétique, ou lorsque la femme est âgée de plus de 35 ans, les médecins recommandent régulièrement des tests plus sophistiqués et plus intrusifs, comme le prélèvement de villosités choriales ou l'amniocentèse, afin de déceler la présence de toute anomalie génétique.

Ces tests génétiques sont fondamentalement une affaire privée qui procure des renseignements cruciaux au sujet de la santé de la femme enceinte et du fœtus qu'elle porte. Au Canada, les femmes enceintes ont la possibilité de subir de tels tests sur les conseils de leur médecin. Si les tests révèlent que la santé de la femme est menacée du fait de la grossesse, ou que l'embryon ou le fœtus présente une difformité importante ou porte le gène d'une maladie grave, la femme peut décider librement d'interrompre la grossesse, et ce droit subsiste au-delà du point de viabilité du fœtus.

Si l'État interdisait ce genre de tests génétiques prénataux, l'on pourrait soutenir qu'il porterait atteinte aux droits de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'article 7 de la *Charte*. Le droit d'une femme à la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7 protège son intégrité physique et psychologique. Une interdiction faite par l'État pourrait priver la femme de renseignements cruciaux au sujet de l'état de santé et de l'état génétique du fœtus. Dans les cas où une femme sait qu'elle risque de transmettre une maladie génétique grave à son enfant, on pourrait soutenir que l'interdiction porte atteinte à l'intégrité psychologique de cette femme en lui causant une tension et une angoisse profondes et sérieuses. Une telle interdiction porterait aussi atteinte à son droit de prendre une décision relativement à la grossesse. L'on pourrait conclure qu'une telle interdiction porterait atteinte aux droits de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnus et protégés par la *Charte*. Naturellement, il serait loisible aux tribunaux de décider que l'interdiction est conforme aux principes de justice

fondamentale, auquel cas il n'y aurait aucune violation de la *Charte*.

La femme et ses embryons in vitro

La pertinence des droits de la personne est sans doute plus évidente et plus simple à formuler dans le cas d'une femme enceinte dont le corps est touché par la grossesse. La question n'est peut-être pas aussi claire, cependant, lorsque la grossesse n'a pas encore débuté et que l'embryon existe en dehors du corps de la femme, c.-à-d. in vitro.

Si l'État refusait aux femmes le droit d'obtenir des renseignements génétiques relatifs à leurs embryons in vitro, cela soulèverait-il des questions liées aux droits de la personne?

L'on pourrait soutenir qu'une interdiction de l'utilisation du DPI pour obtenir des renseignements nécessaires pour prendre une décision en matière de procréation porterait atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnu à l'article 7 de la *Charte*.

La jurisprudence récente de la Cour suprême a établi que le droit à l'autonomie en matière de prise de décisions de nature fondamentalement personnelle, dans le cadre du droit à la liberté, s'étend au-delà de la sphère de la procréation humaine et englobe un vaste éventail de sujets. Les avancées de la biotechnologie et de la procréation assistée permettent désormais à une femme d'obtenir des renseignements relatifs à ses embryons avant d'être enceinte. Par conséquent, l'on pourrait soutenir qu'un droit à la liberté étendu protège les tests médicaux, tels que le DPI, effectués sur un embryon in vitro pour fournir à la femme des renseignements cruciaux nécessaires pour qu'elle puisse prendre une décision en matière de procréation. Ces interventions faites sur l'embryon aux tout premiers stades de son développement pourraient être considérées comme relevant d'un « ensemble de choix protégés par la Constitution »[149].

La réalisation de tests génétiques sur les embryons in vitro d'une personne en vue de sélectionner uniquement ceux qui paraissent exempts de maladies serait probablement qualifié de sujet fondamentalement personnel participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Cela serait particulièrement vrai si la personne ou le couple était susceptible de transmettre une maladie génétique à sa progéniture. L'on pourrait soutenir qu'une interdiction de l'utilisation du DPI porterait atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne reconnu à l'article 7 de la *Charte*.

Quel principe de justice fondamentale un tribunal invoquerait-il comme norme au regard de laquelle apprécier l'atteinte que l'État porterait aux droits de la femme au titre de l'article 7?

Dans *Morgentaler, pra*, la Cour suprême a omis de désigner un principe de justice fondamentale au regard duquel apprécier l'atteinte que l'État porterait au droit de la femme à la liberté. La Cour a plutôt procédé à l'examen de la question de savoir si l'État pouvait justifier cette atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les tribunaux adopteraient probablement la même démarche dans le contexte d'une contestation de la constitutionnalité d'une interdiction du DPI.

L'État a-t-il un intérêt supérieur dans l'embryon in vitro qui pourrait justifier l'atteinte à un droit fondamental?

Dans *Morgentaler, supra*, la juge Wilson a noté que le fœtus est une vie potentielle à compter du moment de la conception. Cependant, lorsqu'elle a pondéré l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* en regard des droits de la femme au titre de l'article 7, la juge Wilson a jugé que les intérêts de l'État devaient primer aux stades plus avancés de la grossesse. En fait, elle a affirmé qu'aux premiers stades de la grossesse, l'intérêt de l'État dans l'embryon en développement serait inexistant, tandis que le droit de la femme à l'autonomie serait absolu.

En s'appuyant sur l'avis de la juge Wilson selon lequel le fœtus est une vie potentielle à compter du moment de la conception, l'on pourrait soutenir que l'embryon in vitro est une vie potentielle, mais qu'à ce stade, l'embryon in vitro ne saurait être considéré viable (il ne pourrait pas survivre sans moyens artificiels).

L'on pourrait soutenir que l'utilisation du DPI, en tant que procédé diagnostic, ne met pas en cause les mêmes

[149] *Litchez, supra*, note 74 au par. 15; *Carey, supra*, note 78 à la p. 685.

intérêts supérieurs de l'État que la réalisation de tests diagnostics prénataux sur le fœtus. Si des tests prénataux révélaient la présence chez le fœtus d'un gène lié à une maladie, la femme pourrait décider d'interrompre la grossesse. Si le fœtus avait atteint le point de viabilité, l'État affirmerait peut-être qu'il a un intérêt supérieur dans le fœtus en tant que vie humaine potentielle et viable. Cependant, le DPI est effectué sur un embryon in vitro qui n'est âgé que de deux ou trois jours. Si le DPI décelait la présence chez l'embryon in vitro d'un gène lié à une maladie, la femme pourrait décider de le laisser périr. L'embryon in vitro n'est clairement pas viable; il n'existe que grâce à des dispositifs techniques en laboratoire. Pour que cet embryon puisse devenir viable, il faut qu'une femme consente, d'abord, à ce qu'on l'implante dans son utérus, puis, à le porter en son sein jusqu'au deuxième trimestre de la grossesse.

L'État a peut-être un intérêt dans l'embryon in vitro en tant que vie potentielle, mais puisque l'embryon in vitro n'est pas viable, cet intérêt n'est probablement pas suffisamment important pour justifier que l'État porte atteinte au droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation.

L'on pourrait soutenir qu'une interdiction du DPI porterait atteinte au droit de la femme à l'intégrité physique et psychologique. Si l'on refuse à une femme l'accès au DPI pour obtenir des renseignements relatifs à l'état génétique de ses embryons in vitro, c.-à-d. avant la grossesse, ses choix se limiteront à la reproduction sexuée et aux tests prénataux réalisés sur le fœtus lorsqu'elle sera enceinte. Si des tests prénataux indiquent que le fœtus en développement comporte un gène lié à une maladie grave, les choix de la femme se limiteront à l'avortement génétique ou à la possibilité de devoir composer avec un enfant gravement malade ou handicapé. L'on pourrait soutenir que l'interdiction faite par l'État de recourir au DPI causerait à la femme une tension psychologique et une angoisse profondes et sérieuses constituant une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. Une telle interdiction risquerait aussi de porter atteinte à l'intégrité physique de la femme, puisque toute procédure d'avortement comporte invariablement des risques pour l'intégrité physique de la femme. L'on pourrait soutenir que l'État a refusé à la femme l'accès à ce que l'on pourrait considérer comme une procédure médicale bénéfique, c.-à-d. le DPI.

3.5.5.1 Conclusion

Il est difficile de prédire si les dispositions des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de la personne pourraient être invoquées à l'appui d'une définition large du droit à l'autonomie en matière de procréation en vertu de la *Charte*. Le fait demeure qu'au niveau international, les droits relatifs à la procréation ne sont pas bien définis. On relève cependant certains principes élémentaires du Droit international dont les tribunaux pourraient s'inspirer, comme la vie privée, l'égalité et la santé. Les tribunaux pourraient aussi trouver matière à réflexion dans la jurisprudence américaine relative à l'autonomie en matière de procréation en vertu du *Bill of Rights*.

La Cour suprême a jugé que le droit à la liberté à l'art. 7 de la *Charte* confère une marge d'autonomie qui permet aux individus de prendre des décisions d'une importance personnelle fondamentale sans ingérence de l'État[150]. Une interdiction qui priverait une femme, surtout une femme susceptible de transmettre une maladie génétique à sa progéniture, du droit de choisir une procédure qui lui procurerait des renseignements essentiels pour pouvoir prendre une décision éclairée en matière de procréation porterait vraisemblablement atteinte au droit à la liberté prévu à l'article 7.

Les femmes seraient contraintes de se limiter aux tests prénataux une fois enceintes comme unique source de renseignements pouvant éclairer leur choix en matière de procréation. Les tests prénataux, par exemple l'amniocentèse, sont intrusifs et présentent des dangers tant pour la mère que pour le fœtus, et ils peuvent porter atteinte à l'intégrité physique et psychologique de la femme. L'on pourrait soutenir que l'interdiction du DPI par l'État porterait aussi atteinte au droit de la femme à la sécurité de sa personne au titre de l'article 7. Une femme aurait

[150] *Morgentaler, supra* note 109. La Cour suprême a jugé, dans trois opinions distinctes, que les notions de sécurité de la personne et de liberté (dans les motifs des juges Beetz et Wilson) comprenaient toutes deux le droit d'une personne de prendre des décisions touchant son intégrité physique et psychologique et le droit de prendre des décisions d'une importance fondamentale pour sa personne sans ingérence de l'État.

comme seuls choix soit de recourir à des tests prénataux, soit de ne pas recourir à de tels tests, soit de décider de ne pas procréer.

3.6 Question 2 : Le droit des parents d'utiliser le DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés

À l'avenir, il pourrait devenir possible pour un parent de sélectionner un embryon in vitro en fonction de certains traits que l'embryon manifesterait lorsqu'il deviendrait un enfant (par exemple, la couleur des cheveux ou des yeux, la taille et l'intelligence). Le droit à l'autonomie en matière de procréation est-il assez étendu pour protéger le choix d'une femme de recourir au DPI pour sélectionner des embryons in vitro en fonction de certains traits génétiques recherchés?

L'analyse qui suit se borne à trois traits génétiques que la science est actuellement capable d'identifier au moyen d'un DPI. Ces traits sont : (1) un gène responsable de la surdité, (2) un sexe recherché et (3) la compatibilité génétique aux fins de dons à un frère ou une sœur atteint d'une maladie constituant un danger de mort.

Un gène responsable de la surdité

Si une personne a le droit d'utiliser le DPI pour sélectionner uniquement les embryons in vitro qui sont exempts de maladie, a-t-elle un droit corollaire de recourir au DPI pour sélectionner à des fins de reproduction un embryon in vitro *à cause de la présence d'une certaine anomalie génétique*? En 2002, le Journal of Medical Ethics rapportait qu'un couple de lesbiennes sourdes aux États-Unis avait utiliser le sperme d'un donneur ayant des antécédents familiaux de surdité sur cinq générations à des fins d'auto-insémination dans l'espoir de donner naissance à un enfant sourd[151].

L'article soulève la question de savoir s'il pourrait y avoir de bonnes raisons de permettre à des couples de sélectionner des embryons en fonction d'un handicap. L'auteur note que le cas mentionné ci-dessus ne soulevait aucune question éthique, puisque le couple avait le droit de se reproduire avec la personne de son choix. Il a choisi de se reproduire avec un homme qui avait une longue histoire familiale de surdité héréditaire.

Ce n'est pas tout le monde qui conviendrait que cet acte ne soulève aucune considération d'ordre éthique. Le fait que les femmes ont sciemment sélectionné un donneur de sperme ayant une longue histoire familiale de surdité dans l'espoir de créer un enfant sourd pourrait soulever d'importantes questions d'ordre éthique et moral aux yeux de certains.

Julian Savuleseu, à l'instar d'autres commentateurs, se demande si une femme ou un couple causent un préjudice quelconque lorsqu'ils prennent une décision semblable. De l'avis d'un commentateur, pour subir un préjudice, il faut que l'enfant soit placé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait retrouvé autrement[152]. Or, si cet enfant n'avait pas été choisi par ces femmes à des fins de reproduction en fonction de sa surdité éventuelle, il ne serait jamais né[153]. L'article mentionne que d'autres couples sourds aimeraient recourir au DPI pour sélectionner un enfant sourd. Pour ces parents éventuels, la surdité n'est pas considérée comme un handicap mais plutôt comme une culture distincte qui accueille à bras ouvert les enfants sourds[154].

Les tests génétiques visent généralement à offrir aux individus et aux couples la possibilité de sélectionner l'enfant ayant les « meilleurs perspectives de vie ». Mais qui décide de ce qui constitue les meilleures perspectives de vie? Les jugements de valeur de qui devraient primer? De l'avis d'au moins un auteur, la liberté en matière de procréation et le respect de l'autonomie sont tels que les jugements de valeurs des parents devraient primer, tant que leur décision ne cause pas de préjudice à l'enfant[155].

Cependant, tous les commentateurs ne s'accordent pas sur ce point. Certains soutiennent que, puisque de

---

[151] Julian Savuleseu, directeur, Oxford Centre for Applied Ethics, « Deaf lesbians, "designer disability," and the future of medicine », (2002) *Journal of Medical Ethics* 325 à la p. 1 (http:jme.bmjjournals.com).

[152] Shaun D. Pattinson, « Wrongful Life Actions as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies », (1999) 7 *Health L J.* 19 à la p. 5 (Lexis Nexis).

[153] *Ibid* à la p. 3 (Lexis Nexis).

[154] Savuleseu, *supra* note 151 à la p. 2.

[155] *Ibid.* à la p. 4.

nombreux handicaps comportent des désavantages importants, il est contraire à l'éthique de permettre aux parents de choisir sciemment chez l'enfant une caractéristique ou un trait que la société traite comme un handicap ou un désavantage[156]. Cependant, lorsqu'on y regarde de plus près, cet argument est vicié. Les femmes sourdes qui ont choisi de recourir au DPI pour sélectionner parmi leurs embryons in vitro uniquement ceux qui comportaient le gène de la surdité n'étaient pas en train de manipuler le génome de l'embryon de manière à y intégrer le gène de la surdité, mais procédaient plutôt à la sélection, à des fins de procréation, des seuls embryons in vitro qui possédaient déjà le gène de la surdité. Si l'embryon in vitro n'avait pas été sélectionné à des fins de procréation, il n'aurait pas connu la vie. La question demeure : la situation de l'enfant est-elle pire s'il naît sourd ou s'il ne naît tout simplement jamais?

Si l'État interdisait le recours au DPI à de telles fins, cela soulèverait-il des questions sur le plan des droits de la personne? La réponse à cette question dépend beaucoup de l'étendue que les tribunaux reconnaissent à l'autonomie en matière de procréation au titre de l'article 7 de la *Charte*. Si les tribunaux considéraient que l'information obtenue grâce au DPI était essentielle pour permettre aux femmes de prendre une décision en matière de procréation, l'on pourrait alors soutenir que l'interdiction porte atteinte au droit de la femme à la liberté et la sécurité de sa personne au sens de l'article 7.

Une telle interdiction pourrait aussi soulever des questions liées au droit de la personne au titre de l'égalité en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Le paragraphe 15(1) dispose :

> La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou *les déficiences* mentales ou *physiques*. [C'est nous qui soulignons]

Les femmes sourdes soutiendraient peut-être que l'interdiction légale de recourir au DPI pour sélectionner des embryons in vitro parce qu'ils présentent une anomalie génétique donnée, dans ce cas-ci la surdité, opère une distinction fondée sur un des motifs illicites énumérés, à savoir la déficience physique. D'autres femmes au Canada pourraient choisir de recourir au DPI afin de sélectionner, à des fins de procréation, seuls les embryons in vitro qui ne comportent pas le gène de la surdité. D'aucuns pourraient prétendre que l'interdiction légale du DPI porte atteinte à la dignité humaine des femmes sourdes.

Les préoccupations et l'analyse différeraient peut-être considérablement si une femme souhaitait recourir à des manipulations génétiques pour créer la surdité chez un embryon in vitro. L'analyse des questions de droits de la personne reliées aux manipulations génétiques (ou « génie génétique ») déborde le cadre du présent document.

Un sexe recherché

Le désir d'exercer un certain contrôle sur le sexe de sa progéniture a existé bien avant l'avènement des techniques de reproduction assistée comme le DPI. Cependant, l'utilisation de ces techniques (mises au point pour aider les personnes stériles à procréer) à des fins de sélection du sexe en fonction de considérations sociales soulève chez certains des préoccupations tant morales qu'éthiques[157].

Au Canada, l'enquête nationale de la Commission royale a notamment révélé, relativement à la sélection du sexe :

> … contrairement à ce que l'on observe dans certains autres pays, la vaste majorité des Canadiens n'ont pas de préférence pour un enfant de l'un ou l'autre sexe. De nombreux intervenants… présumaient que les Canadiens avaient un parti pris en faveur des garçons au regard de la composition de la famille; nous avons constaté que cette présomption paraissait sans fondement…[158]

La LPA interdit l'utilisation du DPI pour sélectionner, à des fins de reproduction, les embryons d'un sexe déterminé par simple préférence (al. 5(1)*e*)). Elle permet en

---

[156] Rebecca Knox, « Preimplantation Genetic Diagnosis: Disease Control or Child Objectification? », (2003) *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 435 aux pp. 6-7 (Lexis Nexis).

[157] Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, "Sex Selection and Preimplantation Genetic Diagnosis" (1990) 72 (nº 4) *Fertility and Sterility* 595 à la p. 597.

[158] *Supra* note 3 à la p. 889.

revanche l'utilisation du DPI pour sélectionner des embryons en fonction du sexe dans le but d'éviter une maladie ou un trouble lié au sexe; ce type d'activité sera contrôlé en vertu de la LPA.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, au Royaume-Uni, la HFEA interdit la sélection d'embryons in vitro en fonction du sexe pour des motifs non médicaux.

Le comité de déontologie de la société américaine de médecine de la procréation (Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, le « Comité ») a établi des normes de pratique à l'intention des médecins et obstétriciens. L'observation de ces normes est volontaire. En 2002, le Comité a reformulé sa position au sujet de l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe pour des raisons d'ordre social.

Le Comité a recommandé : (a) que les médecins *s'opposent* au recours à la fécondation in vitro et au DPI à des fins de sélection du sexe d'embryons in vitro en fonction de considérations d'ordre social dans le cas d'un aîné; (b) que l'on s'oppose aussi au recours à la fécondation in vitro et au DPI à des fins de sélection du sexe d'embryons in vitro dans le but de diversifier les sexes au sein d'une famille[159]. Le Comité n'est pas allé jusqu'à recommander que de telles pratiques soient interdites par des lois des états ou par une loi fédérale. Cela s'explique peut-être par le fait que le Comité adhère à une interprétation large du droit constitutionnel à l'autonomie en matière de procréation.

Il y a des femmes et des couples qui aimeraient utiliser le DPI pour sélectionner, à des fins de procréation, uniquement les embryons in vitro d'un sexe déterminé. Comme motivations pour sélectionner des embryons en fonction du sexe, des Canadiens, entre autres, évoquent notamment les motifs suivants : assurer une utilité économique au sein de la famille; réaliser un équilibre ou une diversité des sexes parmi les enfants d'une même famille; et déterminer l'ordre des naissances de filles et de garçons[160]. Les tenants de la sélection du sexe en fonction de considérations sociales soutiennent qu'il s'agit d'un prolongement logique du droit de procréer et de l'autonomie en matière de procréation.

Certains soutiennent que la sélection du sexe est un moindre mal à comparer à la solution de rechange consistant à procéder à des tests génétiques sur le fœtus puis à un avortement, et qu'elle est de loin préférable à l'infanticide, qui se pratique encore dans certains pays[161]. Par ailleurs, il y en a qui soutiennent que l'utilisation du DPI à des fins de sélection du sexe peut contribuer à la régulation démographique[162].

On trouve au moins un commentateur qui a soutenu que la possibilité d'utiliser le DPI pour sélectionner uniquement les embryons in vitro d'un sexe déterminé pourrait constituer un outil valable de planification familiale et de régulation démographique. Si des parents pouvaient sélectionner un enfant de chaque sexe, ils ne continueraient peut-être pas à procréer dans l'espoir d'avoir un enfant d'un sexe déterminé[163].

Certains commentateurs ont soutenu que la théorie juridique du consentement éclairé en matière de traitement médical pourrait justifier la démarche d'une femme qui demanderait des renseignements au sujet du sexe du fœtus qu'elle porte. Cet argument s'appliquerait peut-être aussi de manière à conférer à la femme un droit légal à l'information concernant le sexe des embryons in vitro qui sont implantés en son sein à des fins de procréation. Certains répliquent à cet argument qu'un tel droit à l'information devrait se limiter aux seuls renseignements qui sont nécessaires pour éclairer un choix fait en fonction de considérations médicales, comme la santé génétique du fœtus[164].

Les opposants à cette forme d'utilisation du DPI évoquent les préoccupations suivantes : cette pratique entraînera de la discrimination fondée sur le sexe et alimentera des préjugés sexistes au sein de l'ensemble de la société; il est d'une opportunité douteuse d'étendre le contrôle aux caractéristiques non essentielles d'enfants à naître; et l'importance relative de la sélection du sexe doit être

---

159 Roberts, *supra* note 12 à la p. 6.
160 *Supra* note 157.
161 Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens and Mahmoud F. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2003 à la p. 367.
162 *Supra* note 157 à la p. 596.
163 *Ibid.* à la p. 595.
164 Cook, *supra* note 161 à la p. 367.

appréciée en regard des fardeaux médicaux et financiers qu'elle impose aux parents et de la pression accrue qu'elle exerce sur des ressources médicales limitées[165]. Ces personnes affirment que l'on ne devrait pas étendre les droits à l'autonomie en matière de protection et à la vie privée de manière à reconnaître aux parents le droit de recourir au DPI pour choisir le sexe de leurs enfants. Les tribunaux ne devraient pas considérer ces droits comme fondamentaux, de manière à faire en sorte que l'État puisse interdire et réglementer de telles pratiques. L'État pourrait probablement démontrer qu'une telle interdiction ou réglementation présente un lien rationnel avec un objectif légitime du gouvernement[166].

En outre, les opposants s'inquiètent de la possibilité que la sélection du sexe en fonction de considérations sociales ne cause un préjudice psychologique à l'enfant choisi en fonction de son sexe parce que cela créerait des attentes élevées à son égard. D'aucuns estiment que cette pratique réduirait l'enfant à un simple produit de consommation. Le sexe n'est pas un critère de sélection acceptable au regard des enfants; les enfants devraient être valorisés pour eux-mêmes, et non sélectionnés et valorisé principalement en raison de leur sexe[167]. En outre, les opposants soutiennent que si cette pratique avait cours à grande échelle, elle pourrait entraîner un changement du ratio global hommes : femmes qui serait préjudiciable à l'avenir de la société[168].

D'aucuns pourraient soutenir que l'interdiction du DPI à des fins de sélection du sexe pour des motifs non médicaux aux termes de la LPA prive la femme de l'accès à des renseignements qui sont nécessaires pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation, et portent donc atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qui lui reconnaît l'article 7 de la *Charte*. L'on pourrait cependant opérer une distinction entre l'accès à des renseignements relatifs au sexe de l'embryon et l'accès à des renseignements relatifs à la présence d'un gène responsable d'une maladie chez l'embryon in vitro. Il se pourrait que les tribunaux jugent que c'est seulement ce dernier type de renseignements qui constitue un aspect central de la décision d'une personne en matière de procréation et qu'il faut donc protéger. Pour ce qui concerne l'information relative au sexe de l'enfant à naître, les tribunaux pourraient considérer que les décisions fondées sur ce type d'information relèvent davantage d'un choix de mode de vie[169], plutôt qu'une décision relative à un sujet qui participe de l'essence même de la dignité et de l'indépendance individuelles.

Les dispositions de la CEDAW et du PIRDCP concernant le droit de fonder une famille et la planification familiale pourraient guider les tribunaux dans l'interprétation de l'étendue du droit à l'autonomie en matière de reproduction garanti par la *Charte*. Les tribunaux se montreraient peut-être particulièrement sensibles aux dispositions relatives à la discrimination énoncées à l'alinéa 5*a*) de la CEDAW au moment d'interpréter l'étendue de l'autonomie en matière de procréation, à tout le moins pour ce qui concerne la sélection du sexe en fonction de motifs non médicaux. Les tribunaux jugeraient peut-être qu'une interdiction légale de la sélection du sexe en fonction de considérations sociales ou culturelles est conforme aux principes de justice fondamentale ou peut être justifiée par l'État en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Un enfant donneur

En recourant au DPI et au typage tissulaire, il est possible de sélectionner et de transférer uniquement les embryons in vitro qui présentent certains traits requis pour fournir une cellule ou un tissu pouvant être transplanté chez un frère ou une sœur gravement malade, sans pour autant causer de préjudice à l'enfant donneur.

Nous avons déjà mentionné qu'en vertu de la HFEA du Royaume-Uni, les parents peuvent recourir à la

---

165 *Supra* note 157 à la p. 596.

166 Kelly M. Plummer, « Ending Parents' Unlimited Power to Choose: Legislation is Necessary to Prohibit Parents' Selection of Their Children's Sex and Characteristics », (2003) 47 *St. Louis L.J.* 517 à la p. 4 (Lexis Nexis).

167 *Ibid.* à la p. 15 (Lexis Nexis).

168 *Supra* note 157 à la p. 596; Susan M. Faust, « Baby Girl or Baby Boy? Now You Can Choose: A Look at New Biology and No Law », (2000) 10 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 281 à la p. 5 — L'auteure cite les résultats d'un récent sondage effectué en Ohio qui porte à croire que la préférence pour les enfants de sexe masculin serait peut-être en déclin. Bien que le sondage tende à confirmer une certaine tendance à des préférences de sexe au regard de l'ordre de naissance des enfants, la majorité des répondants ont affirmé qu'il leur était indifférent que leur premier enfant soit un garçon ou une fille. L'auteure note qu'étant donné que près de 50 % des grossesses aux États-Unis sont non planifiées, il n'y aurait probablement qu'une minorité de couples qui se prévaudraient de la possibilité de choisir le sexe de leur enfant, et cette minorité serait peu susceptible de créer un déséquilibre important dans le ratio hommes : femmes.

169 *Malmo-Levine, supra*, note 129 au par. 86.

fécondation in vitro ainsi qu'au DPI pour créer un enfant donneur. Le tribunal du Royaume-Uni a jugé que la HFEA habilitait l'Autorité créée en vertu de cette même loi à délivrer des licences autorisant cette procédure. Il convient de noter que l'Autorité examine chaque cas individuellement avant de donner son approbation aux fins d'une procédure spécifique et qu'il y a eu des cas où l'Autorité a refusé de délivrer une licence[170].

La LPA n'interdit pas l'utilisation du DPI ni le typage tissulaire. En attendant que l'Agence soit créée et soit en mesure de mener ses inspections, seules les cliniques de traitement de l'infertilité qui effectuaient des DPI au cours de l'année précédant l'entrée en vigueur de la LPA peuvent continuer de le faire sans une autorisation de l'Agence. Lorsque l'Agence aura été mise en service, un médecin ou une clinique devront obtenir une autorisation de l'Agence pour pouvoir procéder à des fécondations in vitro, et peut-être une autorisation ou une approbation distincte pour pouvoir procéder à des DPI au moyen de typages tissulaires. La procédure sera fort probablement réglementée en vertu de la Loi.

Certains commentateurs soutiennent qu'il est contraire à l'éthique de créer un enfant en vue d'en faire un donneur éventuel et que cela représente une réification ou chosification immorale de l'enfant. En outre, l'enfant risque de subir un préjudice psychologique lorsqu'il apprendra qu'il a été créé et choisi afin de sauver un frère ou une sœur[171].

D'autres experts soulignent que de tout temps, des couples qui se reproduisent ont été animés par des motivations personnelles, dont plusieurs pourraient être considérées comme égoïstes (par exemple, avoir de la compagnie, avoir quelqu'un pour s'occuper d'une entreprise, avoir un « bâton de vieillesse »). La création d'un enfant dans le but de sauver un frère ou une sœur existant n'est pas plus préjudiciable sur le plan psychologique pour un enfant que d'autres motifs plus courants de procréation. De nombreux parents ont conçu un deuxième enfant par des moyens naturels dans l'espoir que cet enfant aurait de tissus compatibles avec ceux d'un premier enfant qui était malade. L'utilisation de la fécondation in vitro et du DPI pour créer un tel enfant pourrait être vu simplement comme ayant pour effet d'éliminer beaucoup d'incertitude et d'angoisse pour ces parents[172].

Il est intéressant de noter que le tribunal anglais dans *Quintavalle, supra*, a interprété la HFEA de manière large pour conclure que l'Autorité créée en vertu de cette loi avait le pouvoir d'autoriser la création d'un enfant donneur. Le tribunal anglais n'a pas fondé sa décision sur le droit des parents à l'autonomie en matière de procréation, mais plutôt sur son interprétation de la HFEA selon les principes ordinaires de l'interprétation des lois.

Il serait concevable d'arguer qu'une interdiction de l'utilisation du DPI en vue d'obtenir des renseignements permettant de sélectionner un embryon in vitro pour en faire un enfant donneur éventuel touche davantage qu'une simple décision relative à un choix de mode de vie, car cette interdiction priverait la femme de renseignements cruciaux aux fins de la prise d'une décision liée à la procréation. Non seulement l'interdiction porterait-elle atteinte au droit de la femme à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'article 7, mais on pourrait soutenir qu'elle porte aussi atteinte au droit du frère ou de la sœur malade à la vie et la sécurité de sa personne en vertu de l'article 7. L'interdiction légale priverait le frère ou la sœur existant de l'accès à un traitement médical bénéfique, p. ex. une greffe de cellules souches histocompatibles prélevés chez l'enfant donneur, pour traiter une condition peut-être constitutive d'un danger de mort.

3.6.1 Conclusion

Dans les cas où l'interdiction s'accompagne de dispositions créant des infractions assorties de la possibilité d'une peine d'emprisonnement, les droits prévus à l'article 7 sont en jeu. Dans le contexte de la création d'un enfant donneur, l'interdiction du DPI toucherait les intérêts et les droits de la personne de la femme et du frère ou de la sœur malade. Le frère ou la sœur pourrait soutenir que si l'État empêche sa mère d'obtenir les renseignements dont elle a besoin pour choisir, à des fins de procréation, un embryon qui deviendra un enfant donneur, cette interdiction porte atteinte au droit de ce

---

[170] RG Edwards (Editor), Reproductive BioMedicine Online, « Ethics of preimplantation diagnosis: recordings from the International Symposium on Preimplantation Genetics » 2002 à la p. 3. En ligne : http://www.rbmonline.com.

[171] Knox, *supra* note 156 aux pp. 8-9.

[172] *Ibid.* à la p. 8.

frère ou cette sœur à la vie et à la sécurité de sa personne aux termes de l'article 7 de la *Charte*.

Pour ce qui concerne la sélection du sexe en fonction de considérations non médicales, il se pourrait que les tribunaux considèrent que ces renseignements ne constituent pas un aspect central ou sont dénués de pertinence au regard d'une décision concernant la procréation. En revanche, il se pourrait que les tribunaux considèrent que les renseignements relatifs soit à la présence d'un gène responsable d'une maladie ou à une compatibilité génétique avec un frère ou une sœur constituent un aspect central du processus décisionnel en matière de procréation. Une interdiction légale de l'accès à ce dernier type de renseignement aux fins de la prise de décisions en matière de procréation pourrait porter atteinte au droit d'une femme à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par la *Charte*.

Si les tribunaux décident de s'inspirer d'instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, comme la CEDAW et le PIRDCP, ils choisiront peut-être d'étendre l'autonomie en matière de procréation protégée par l'article 7 de la *Charte* de manière à englober le droit d'obtenir certains renseignements essentiels pour faire un choix concernant la procréation, sans ingérence de l'État. Les tribunaux pourraient prendre en considération la jurisprudence constitutionnelle américaine, comme ils le font de temps à autre lorsqu'ils interprètent les droits prévus par la *Charte*, pour guider leur interprétation de l'autonomie en matière de procréation.

3.7 Question 3 : L'embryon in vitro

3.7.1 Le droit à la vie

Aucune loi au Canada ne garantit le droit à la vie à l'embryon ou au fœtus[173]. Au Canada, comme dans la plupart des pays occidentaux, selon la conception prédominante, la situation juridique de l'embryon est *sui generis*. L'embryon mérite un certain respect, mais non les droits subjectifs qui se rattachent à la personnalité juridique. L'embryon ou le fœtus n'est pas assimilé à l'enfant pour plusieurs raisons, notamment l'absence de sentience et de conscience de son individualité.

La Cour suprême a jugé que l'embryon in vitro et le fœtus ne sont pas des personnes en Droit et ne possèdent donc aucun droit. Cependant, à compter du moment où un fœtus naît vivant, ses droits se cristallisent et, à certaines fins (notamment aux fins du Droit de la responsabilité civile délictuelle) le Droit peut admettre que l'enfant existait avant la naissance. Étant donné que l'embryon in vitro et le fœtus n'ont aucun droit, on ne leur reconnaît pas le droit à la vie. Cependant, l'intérêt de l'État dans le fœtus en tant qu'être humain potentiel peut croître à mesure que le fœtus se développe dans l'utérus. À compter du moment où le fœtus est viable en dehors de l'utérus, probablement à un certain moment au cours du second trimestre de la grossesse, l'État pourra justifier dans certaines circonstances l'édiction de lois visant à protéger ce fœtus (*Morgentaler, supra*).

D'après la jurisprudence actuelle, les tribunaux jugeraient probablement que l'embryon in vitro existant en dehors du corps d'une femme est dépourvu de la personnalité juridique, à l'instar de l'embryon in utero et du fœtus, et ne possède donc aucun droit tant qu'il ne naît pas vivant. Les tribunaux jugeraient probablement que l'embryon in vitro n'a pas de droit à la vie[174].

3.7.2 Le droit de naître sain d'esprit et de corps

La common law reconnaît-elle à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps? Les parents ont-ils une obligation éthique et légale corrélative de donner naissance uniquement à des enfants au génome sain? Si un tel droit existe en common law, pourrait-il devenir un droit fondamental de la personne?

3.7.2.1 Instruments internationaux et régionaux

En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CRE »)[175] des Nations Unies[176]. La CRE établit un ensemble de droits et de mesures de protection importants au profit de l'enfant.

---

[173] Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie.

[174] Pour une analyse approfondie de l'approche internationale, et de l'approche du Canada et d'autres pays et territoires à l'égard du droit d'un embryon in vitro à la vie, voir le chapitre 2 du document du Projet aux pp. 40 à 44.

[175] Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A.G. 44/25, annexe, 44 Doc. off. AG NU Supp. nº 49 à la p. 167, Doc. NU A/44/49 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

[176] Catherine Covell et R. Brian Howe, *The Challenge of Children's Rights for Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 2001 à la p. 15.

Les paragraphes 24(1) et (2) de la CRE énoncent :

Article 24

1. Les États parties reconnaissent *le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible* et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

   a. Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;

   b. Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;

   c. *Lutter contre la maladie* et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, *grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles* et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;

   d. Assurer *aux mères des soins prénatals* et postnatals *appropriés;*

   e. Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;

   f. Développer *les soins de santé préventifs*, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale. [C'est nous qui soulignons.]

Il est intéressant de noter que le préambule de la CRE énonce que « [...] l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, *avant* comme après la naissance »[177]. [C'est nous qui soulignons.]

L'article premier CRE dispose que le mot « enfant », au sens de cette convention « s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »[178]. Les *Travaux préparatoires* à la CRE indiquent que dans son libellé initial, l'article premier définissait l'enfant comme [traduction] « [...] tout être humain depuis le moment de sa naissance jusqu'à l'âge de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la loi de son État »[179].

Les *Travaux préparatoires* indiquaient également que la définition ou le concept d'enfant avait suscité beaucoup de débats au cours de la troisième séance du Groupe de travail. Certains délégués soutenaient qu'une telle définition serait contraire au Droit de leur État, selon lequel l'enfance débute au moment de la conception. D'autres délégués proposaient, dans le but d'éviter les conflits, que l'on abandonne toute mention du point de départ de l'enfance à l'article premier, et que l'on choisisse plutôt un libellé qui serait compatible avec les différents régimes juridiques internes en cause[180].

Le libellé actuel de l'article pourrait permettre aux pays qui considèrent que l'enfance commence au moment de la conception d'interpréter les droits prévus à la CRE à des fins internes comme s'appliquant à compter du moment de la conception. Les *Travaux préparatoires*[181] indiquent que l'alinéa 24(2)(d) a été modifié à l'instigation du représentant du Royaume-Uni de manière à énoncer « assurer aux mères et à leurs enfants des soins prénatals et postnatals appropriés »[182] La même disposition a par la suite été modifiée à l'instigation du représentant des

---

[177] *Supra* note 175 (préambule).
[178] *Ibid.* à l'article 1.
[179] Sharon Detrick, dir., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1992 à la p. 115.
[180] *Ibid.* à la p. 115.
[181] *Ibid.* aux pp. 343 et 359.

États-Unis par la suppression des mots « leurs enfants », de manière à ce qu'elle énonce « assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés »[183]. La proposition américaine de modification a sans doute été motivée par le désir d'éviter les conflits entre les droits d'un embryon ou d'un fœtus et ceux de la femme enceinte.

3.7.2.2 Le Droit dans d'autres pays et territoires

Dans les pays et territoires de common law, lorsqu'elles ne sont pas interdites par une loi, différentes actions en responsabilité civile délictuelle peuvent être intentées par des enfants ou par des parents ayant subi un préjudice avant la naissance ou lors de celle-ci, dépendant des intérêts touchés (ceux de l'enfant ou du parent). Parmi ces causes d'action en responsabilité civile délictuelle, on retrouve notamment : les délits antérieurs à la conception (« *preconception torts* »), le délit de naissance préjudiciable (« *tort of wrongful birth* ») et le délit de vie préjudiciable (« *tort of wrongful life* »). Un « délit antérieur à la conception » est commis lorsqu'un enfant, né vivant, subit un préjudice avant sa naissance ou au cours de celle-ci par suite du comportement délictueux, avant la conception, d'une personne qui n'est pas le père ou la mère de l'enfant[184]. Des parents peuvent intenter une action fondée sur une « naissance préjudiciable » en cas de naissance d'un enfant non planifié[185]. Un tel recours se fonde sur l'atteinte au droit des parents de contrôler leur propre reproduction qui découle du comportement délictueux d'autrui[186]. L'action fondée sur une vie préjudiciable repose sur la prétention, formulée par une personne avec une déficience physique ou mentale prévisible, selon laquelle, n'eut été du comportement délictueux de la partie défenderesse, cette personne n'aurait pas été conçue ou ne serait pas née[187].

La présente section porte sur l'état actuel de l'action fondée sur une « vie préjudiciable » et sur la question de savoir s'il existe un droit de naître sain d'esprit et de corps.

Les États-Unis

Le 1er avril 2004, le président Bush a mise en vigueur par sa signature le *Unborn Victims of Violence Act of 2004* (loi de 2004 sur les victimes non nées d'actes de violence)[188]. Cette loi dispose notamment que toute personne qui, sciemment, tue ou tente de tuer un enfant in utero (dans le ventre de la mère), sera sanctionné comme s'il avait tué ou tenté de tuer un être humain[189]. Cependant, la loi précise que les personnes suivantes ne peuvent être poursuivies : la personne qui pratique un avortement auquel la femme enceinte a consenti, la personne qui fournit des soins médicaux à la femme enceinte ou à son enfant en gestation, et la femme enceinte (amendement à l'article 119a).

Bien qu'il n'existe aucune loi fédérale ni aucune loi d'aucun état américain qui confère à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps, il existe un courant jurisprudentiel de plus en plus étoffé qui reconnaît le droit d'un enfant de poursuivre ses parents ainsi que des tiers au titre de délits prénataux et antérieurs à la conception et, dans environ trois états américains, au titre du délit de vie préjudiciable. Dans une action fondée sur une vie préjudiciable, l'enfant qui se porte demandeur allègue habituellement que si le défendeur avait averti la mère en temps opportun du risque d'anomalie congénitale, la mère aurait choisi de ne pas concevoir l'enfant, ou si l'on allègue que la négligence est survenue après la conception, la mère aurait choisi d'avorter l'embryon ou le fœtus. Nul ne prétend que le défendeur a causé la déficience de l'enfant. On affirme plutôt que, n'eut été de l'omission du défendeur, l'enfant ne serait pas né et se serait vu épargner une vie d'incapacité physique ou mentale, de douleur et de souffrance[190]. À ce jour, seule une poignée d'états américains ont admis cette cause d'action.

Les tribunaux américains ont commencé à admettre des actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception au nom de l'enfant dans les années 1970[191]. Dans ces affaires, les tribunaux ont essentiellement reconnu un devoir de prudence et de diligence

---

[182] *Ibid.* à la p. 357.

[183] *Id.*

[184] Elizabeth F. Collins, « An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time For a New Framework », (1984) 22 *J. Family Law* 677 aux pp. 677-78.

[185] *Ibid.* à la p. 678.

[186] *Id.*

[187] Bernard M. Dickens, « Wrongful birth and life, wrongful death before birth, and wrongful law », dans Sheila A. M. McLean, dir., *Legal Issues in Human Reproduction*, Aldershot (Angleterre), Gower Publishing Company Limited, 1989 à la p. 83.

[188] The *Unborn Victims of Violence Act of 2004*, chapitre 90(a) — Protection of Unborn Children, art. 1841. En ligne : http://news.findlaw.com.

[189] *Ibid.* à l'al. 1841(2)(e)

envers les futures personnes[192]. Les tribunaux qui ont refusé de reconnaître un tel devoir se fondent généralement sur l'avis que les répercussions de ce devoir sur le plan des politiques sont d'une ampleur telle que la décision d'étendre ainsi la responsabilité civile délictuelle doit être laissée au législateur[193].

Les actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception se présentent le plus souvent dans le contexte de la responsabilité professionnelle médicale. Par exemple, dans *Bergstreser c. Mitchell*[194], la Cour de circuit du Missouri a ordonné que l'enfant demandeur soit indemnisé des préjudices qu'il avait subis par suite de la négligence dont avait preuve un médecin lorsqu'il avait procédé à une intervention chirurgicale sur la mère du demandeur avant l'époque de la conception du demandeur. L'intervention chirurgicale négligente du médecin sur la mère avait causé des préjudices à l'enfant non encore conçu.

Des recours en responsabilité civile fondés sur des délits antérieurs à la conception ont également été admis dans les domaines de l'immunisation contre la rubéole, des produits pharmaceutiques, des accidents d'automobile et des substances toxiques. Un commentateur a exprimé l'avis que l'avènement de techniques de procréation assistée, de même que la faisabilité de la thérapie génétique antérieure à la conception, allaient sans doute donner lieu à une augmentation du nombre d'actions en responsabilité civile fondées sur des délits antérieurs à la conception découlant de ces activités[195].

En outre, un corpus jurisprudentiel croissant en common law admet l'action d'un enfant en dommages-intérêts pour vie préjudiciable sur la base du droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps. L'affaire *Baby X* (« *In the Matter of Baby X* »)[196] concernait une action en responsabilité civile délictuelle intentée par l'enfant contre sa mère pour négligence prénatale parce que cette dernière avait consommé régulièrement des stupéfiants au cours de sa grossesse. L'enfant avait souffert de sevrage de drogue après la naissance. La Cour d'appel du Michigan a affirmé :

> [TRADUCTION]
>
> Bien que l'on ne considère pas de manière générale la personnalité juridique au fœtus… les fœtus se sont vu conférer des droits dans certains circonstances bien précises…Cette reconnaissance limitée d'un enfant en gestation comme enfant proprement dit est indiquée lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant. *Puisqu'un enfant a le droit de venir au monde sain de corps et d'esprit...* nous croyons qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que nous examinions tout comportement antérieur à la naissance qui a une incidence sur ce droit[197]. [C'est nous qui soulignons.]

La Cour a jugé que le comportement de la mère avant la naissance constituait un motif suffisant pour permettre au tribunal des successions d'exercer sa compétence et d'ordonner la tenue d'une audience relative à la garde. Dans cette affaire, la Cour a fondé sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sur le droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps[198].

Dans *Turpin c. Sortini*[199], une fillette née sourde poursuivait les médecins de sa mère au motif que ceux-ci auraient omis de diagnostiquer la surdité héréditaire de sa sœur à temps pour permettre à sa mère de décider de ne pas la concevoir. La fillette réclamait des dommages-intérêts pour avoir été [TRADUCTION] « privée du droit fondamental d'un enfant de naître sous forme d'être humain complet et fonctionnel sans surdité totale »[200]. Malgré le fait qu'à l'origine, c'était la sœur de la demanderesse qui était « créancière » des obligations du médecin, la Cour suprême de la Californie a fait droit au recours de la fillette demanderesse et lui a accordé des dommages-intérêts visant à défrayer les dépenses extraordinaires qu'elle devrait engager tout au long de sa vie pour obtenir un enseignement et une formation spécialisées ainsi que

---

190 Philip H. Osborne, *The Law of Torts*, 2e éd., 2003, D. Human Reproduction à la p.2 (QL).

191 Matthew Browne « Preconception Tort Law in an Era of Assisted Reproduction: Applying a Nexus Test for Duty », (2001) 69 *Fordham L. Rev.* 2555 à la p. 1 (Lexis Nexis).

192 *Ibid.* à la p. 1 (Lexis Nexis).

193 *Ibid.* à la p. 4 (Lexis Nexis).

194 *Bergstreser c. Mitchell*, 577 F.2d 22(8e cir. 1978).

195 Browne, *supra* note 191 à la p. 21 (Lexis Nexis).

196 *In the Matter of Baby X*, 97 Mich. App. 111; 293 N.W.2d 736 (C.A. Mich. 1980) (Lexis Nexis).

197 *Ibid.* à la p. 2 (Lexis Nexis).

198 *Ibid.* à la p.3 (Lexis Nexis).

199 *Turpin c. Sortini*, 31 Cal.3d 220; 643 D.2d 954 (C. supr. Cal. 1982) (Lexis Nexis).

200 *Ibid.* à la p. 8.

des appareils auditifs, mais elle a refusé de lui accorder des dommages-intérêts généraux[201].

La Cour a affirmé :

[TRADUCTION]

> ...si, à la lumière de l'état des connaissances médicales, il était possible de traiter un fœtus pour corriger ou atténuer le trouble héréditaire en question. En pareilles circonstances, Joy [la demanderesse] pourrait soutenir à bon droit que si le défendeur n'avait pas omis par négligence de diagnostiquer le problème héréditaire, on aurait pu la traiter in utero et elle aurait pu naître en santé ou avec une déficience moindre. De telles percées médicales rendraient ainsi la présente affaire semblable aux causes relatives aux préjudices prénataux...[202].

Dans *Curlender c. Bio-Science Laboratories*[203], un enfant poursuivait un laboratoire d'analyses médicales et un médecin sur le fondement d'une vie préjudiciable parce que l'enfant était né avec la maladie de Tay-Sachs (une maladie génétique héréditaire pouvant entraîner la mort). Les parents poursuivaient également au motif que le défendeur avait fait preuve de négligence dans la réalisation de leurs analyses sanguines, avec comme conséquence qu'ils avaient obtenu des renseignements « inexacts » au sujet du risque de transmission d'une maladie génétique à leur progéniture, ce qui avait mené à la naissance d'un enfant déficient mental ayant de graves problèmes de santé et une espérance de vie de quatre ans[204].

La Cour d'appel de la Californie a accordé des dommages-intérêts à l'enfant au titre de la douleur et des souffrances et de toute perte pécuniaire spéciale pouvant résulter de sa condition déficiente. La Cour a cité et approuvé une autre décision relative à une action fondée sur une vie préjudiciable dans laquelle la cour avait affirmé :

[TRADUCTION]

> ... la jurisprudence doit marcher de pair avec les développements technologiques et les changements économiques et sociaux. L'abolition de l'interdiction légale de l'avortement... a été motivée notamment par la considération de politique publique qui confère aux parents éventuels le droit, sous réserve de certaines restrictions imposées par la loi et la jurisprudence, de ne pas avoir un enfant. Ce droit s'étend aux situations où l'on peut déterminer avec une certitude médicale raisonnable que l'enfant naîtrait difforme. L'atteinte à ce droit peut être aussi considérée comme une atteinte délictueuse au *droit fondamental d'un enfant de naître sous la forme d'un être humain fonctionnel.*[205] [C'est nous qui soulignons.]

Dans *Grodin c. Grodin*[206], un enfant poursuivait à la fois sa mère et le médecin de cette dernière. Il poursuivait sa mère au motif qu'elle aurait omis par négligence d'obtenir des soins prénataux adéquats. Elle avait omis de demander un test de grossesse à son médecin et avait omis de lui mentionner qu'elle prenait un médicament, la tétracycline, qui avait entraîné la décoloration des dents de l'enfant. La Cour d'appel du Michigan a reconnu le droit de l'enfant de « venir au monde sain d'esprit et de corps », et elle a statué que la mère pouvait être tenue responsable de ces manquements s'ils étaient jugés déraisonnables au regard de l'importance du risque[207].

L'Allemagne

En Allemagne, l'embryon in vitro et l'embryon in utero jouissent tous deux de certains droits à compter du moment de la conception. La *Embryonenschutzgesetz* (loi sur la protection des embryons, la « Loi allemande ») permet seulement les activités touchant l'embryon qui visent à en assurer la préservation ou la protection. L'avortement, bien qu'il soit illégal en Allemagne, a été autorisé par la Cour constitutionnelle allemande jusqu'à la quatorzième semaine de gestation, mais seulement après que la femme a consulté un conseiller en grossesses[208].

---

201 Penelope Watson, « *Edwards c. Blomely; Harriton c. Stephens; Waller c. James*: Wrongful Life Actions in Australia », (2002) 26 *Melbourne U. L.R.* 736 à la p. 7 (Lexis Nexis).

202 *Turpin, supra* note 199 à la p. 8.

203 *Curlender c. Bio-Science Laboratories*, 106 Cal.App.3d 811; 165 Cal. Rptr. 477 (C.A. Cal. 1980) (Lexis Nexis).

204 *Ibid.* à la p. 3.

205 *Ibid.* à la p. 7, citant *Park c. Chessin* (1977) 60 App. Div.2d 80 [400 N.Y.S. 2d 110].

206 *Grodin c. Grodin*, 301 N.W.2d 869 (C.A. Mich. 1980) (Lexis Nexis).

207 *Ibid.* aux pp. 870 et 871.

208 Questions and Answers about Germany, « Health Care, Health Issues and Social Welfare », (2001) à la p. 1. En ligne : http://www.germany-info.org/relaunch/info/facts/facts/questions_en/he.../healthissues3.htm.

Malgré le régime législatif allemand qui protège l'embryon in vitro et lui confère des droits, il est peu probable que l'Allemagne admette le DPI et les thérapies génétiques visant à améliorer les chances de vie ou la santé d'un embryon in vitro. La position de l'Allemagne peut paraître contradictoire. Elle est cependant compréhensible, étant donné l'inquiétude de ce qu'une autorisation du DPI et des manipulations et altérations génétiques n'entraîne un mouvement eugéniste qui rappellerait certaines pages sombres de l'histoire de l'Allemagne avant et pendant la Seconde Guerre mondiale.

Le Royaume-Uni

En 1976, le Royaume-Uni a adopté le *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (« CDA », loi sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) qui posait certaines limites aux droits de l'enfant né handicapé d'intenter des poursuites fondées sur la négligence par suite de préjudices survenus avant la naissance. Cette loi exonère la mère de responsabilité civile délictuelle fondée sur sa négligence avant la naissance envers ses enfants qui naissent vivants. Cependant, cette exemption ne s'applique pas à la négligence envers un enfant à naître qui survient par suite d'un manquement de la part de la mère à son devoir général de prudence et de diligence alors qu'elle conduit un véhicule motorisé.

L'affaire *McKay et al. c. Essex Area Health Authority et al.*[209] (« *McKay* ») a été la première cause relative à une action fondée sur une « vie préjudiciable » au Royaume-Uni et dans le Commonwealth britannique. Dans cette affaire, la jeune demanderesse était née avec une déficience grave parce que sa mère avait contracté la rubéole durant les premiers stades de la grossesse. L'enfant avait intenté une action fondée sur une « vie préjudiciable » contre le médecin et la régie régionale de la santé d'Essex.

La Cour a conclu, en s'appuyant notamment sur un rapport de la U.K. Law Commission (commission du Droit du Royaume-Uni), que la CDA de 1976 privait tout enfant né après l'entrée en vigueur de cette loi de toute cause d'action fondée sur une « vie préjudiciable »[210]. Puisqu'il s'agissait de la première cause dans laquelle un tribunal au Royaume-Uni ou dans le Commonwealth était saisi d'une action semblable, la Cour a exposé d'autres motifs justifiant le rejet de l'action.

Les trois juges de la Cour se sont tous entendus sur le dispositif du jugement, mais chacun a rédigé ses propres motifs. Les motifs les plus souvent cités sont ceux de lord Stephenson. Celui-ci a affirmé que le médecin avait l'obligation d'aviser la mère de son droit de se faire avorter après avoir contracté la rubéole. Cependant, le médecin n'avait aucune obligation semblable envers l'enfant. De l'avis de lord Stephenson, l'imposition d'une telle obligation [TRADUCTION] « constituerait une nouvelle atteinte au caractère sacré de la vie humaine qui serait contraire à l'ordre public. Cela impliquerait que l'on considère que la vie d'un enfant handicapé a non seulement une valeur inférieure à celle de la vie d'un enfant normal, mais une valeur à ce point inférieure qu'elle ne méritait pas d'être préservée »[211].

En outre, lord Stephenson a jugé qu'il était impossible d'accorder des dommages-intérêts dans une action fondée sur une vie préjudiciable. Il a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> L'exercice consistant à évaluer la perte d'espérance de mort obligerait à porter un jugement de valeur où un facteur crucial est complètement hors de portée de la connaissance humaine, et un tel jugement, à supposer qu'il soit seulement possible de le porter, ne pourrait l'être qu'en fonction des croyances personnelles du juge qui aurait le malheur de tenter d'accomplir une telle tâche. Si la difficulté d'évaluer les dommages constitue une mauvaise raison de refuser la tâche, l'impossibilité de les évaluer en constitue une bonne…Je serais d'avis que par principe il n'y a aucune cause d'action[212].

L'arrêt *McKay* est considéré par de nombreux tribunaux dans les pays et territoires de common law comme l'arrêt de principe en matière de vie préjudiciable.

En 1990, le Royaume-Uni a adopté le *Human Fertilisation and Embryology Act* (« HFEA », loi sur la fécondation et

---

[209] *McKay et al. c. Essex Area Health Authority et al.* [1982] Q.B. 1166 (Court of Appeal) (Lexis Nexis).
[210] *Ibid.* aux pp. 3 et 8.
[211] *Ibid.* à la p. 10.
[212] *Ibid.* à la p. 11.

l'embryologie humaines). L'article 44 de la HFEA modifie la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (« CDA », loi sur les déficiences congénitales (responsabilité civile)) en étendant la responsabilité de manière à englober les techniques de procréation assistée. L'article 44 a modifié la CDA par l'ajout du paragraphe suivant au début de l'article 1 :

> [TRADUCTION]
>
> 1A. (1) Dans tous les cas où –
>
> a. un enfant porté par une femme par suite de l'implantation en elle d'un embryon ou de spermatozoïdes et d'ovules ou par suite de son insémination artificielle naît handicapé,
>
> b. le handicap résulte d'un acte ou d'une omission au cours de la sélection ou de la conservation ou l'utilisation en dehors du corps, de l'embryon qu'elle porte ou des gamètes utilisées pour provoquer la création d'un embryon,
>
> c. la personne est tenue en vertu du présent article de répondre à l'enfant relativement à cet acte ou omission,
>
> les handicaps de l'enfant sont réputés constituer des dommages découlant de l'acte fautif de cette personne, et ils confèrent en conséquence un droit d'action à l'enfant.

Certains commentateurs ont donné à entendre qu'avec l'adoption de cette modification, le Parlement britannique avait ouvert la porte aux recours fondés sur une vie préjudiciable intentés par les enfants nés avec une déficience ou un handicap évitables. En effet, cette nouvelle disposition permettrait [TRADUCTION] « les actions intentées par un enfant sur le fondement d'une négligence dans les sélection de l'embryon, et donc les actions fondées sur une "vie préjudiciable" »[213]. Selon ces commentateurs, cette modification permettrait à un enfant, créé grâce à des techniques de procréation assistée et né avec un handicap, de poursuivre la personne responsable en dommages-intérêts si le handicap découlait directement d'un acte ou d'une omission survenu à l'occasion de la sélection, de la conservation ou de l'utilisation de l'embryon in vitro. Les actes et omissions reprochables pourraient inclure le défaut de procéder à un DPI et le défaut de sélectionner, à des fins de transfert, seuls les embryons in vitro exempts d'une maladie génétique donnée. Cela serait particulièrement vrai dans les cas où le père et la mère biologiques, ou l'un d'entre eux, avaient des antécédents familiaux relativement à cette maladie.

À ce jour, une seule action a été intentée en vertu des dispositions modifiées de la CDA, et elle s'est conclue par un règlement hors cour. Dans l'affaire *Heath c. Bromley Health Authority*[214], les parents d'enfants nés avec des déficiences avaient poursuivi la régie régionale de la santé de Bromley au nom de leurs enfants au titre des préjudices subis par suite de leur naissance prématurée. Les parents alléguaient que la négligence imputable à la régie régionale dans la fourniture des traitements préalables à la conception et dans le suivi de la mère lors des traitements de fertilité en 1992 était la cause des naissances prématurées. La régie régionale savait que la mère portait plusieurs fœtus, mais elle avait omis d'informer les parents au sujet des risques liés aux grossesses multiples et de les mettre en garde contre ces risques.

L'affaire a finalement été réglée hors cour. Le juge Leveson a approuvé le règlement à l'égard de tous les chefs de responsabilité. La régie régionale de Bromley a admis avoir manqué à son devoir envers les parents au chapitre de leur allégation de conception préjudiciable. Par ailleurs, bien que la régie régionale ait accepté de régler le litige l'opposant aux enfants, elle n'a pas admis sa responsabilité à leur égard.

3.7.2.3 Écrits et commentaires scientifiques

Les développements qui suivent s'appuient principalement sur des écrits et des commentaires provenant des États-Unis. La jurisprudence américaine est la plus évoluée en ce qui concerne les délits civils contre un enfant à naître ou contre un enfant non encore conçu.

---

[213] Shaun D. Pattison, « Wrongful Life Action as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies », (1999) 7 *Health L.J.* 19-32 à la p. 11 (Lexis Nexis); I. Kennedy et Grubb, *Medical Law: Text with Materials*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1994 à la p. 977.

[214] *Heath c. Bromley Health Authority* (inédit, Haute Cour (2001)).

En outre, contrairement à ce qui prévaut dans les autres ressorts de common law, les actions fondées sur une vie préjudiciable ont été admises dans plusieurs états américains. Ces développements judiciaires ont suscité la controverse et une abondance de commentaires.

Certains auteurs américains ont donné à entendre que l'enfant était peut-être en train d'acquérir le droit de naître exempt de maladies génétiques. Ils ont avancé que ce droit « émergent » pourrait suscité beaucoup de débats, étant donné le caractère limité des ressources en matière de soins de santé et une opinion de plus en plus répandue au sein de la population voulant que les individus aient, envers la société, la responsabilité de prendre des mesures préventives dans leur vie privée de manière à ne pas imposer un fardeau excessif au trésor public[215].

D'autres commentateurs ont soutenu que les femmes auraient peut-être l'obligation de se soumettre à une procédure de dépistage prénatal lorsque l'on sait qu'elles risquent de transmettre une maladie génétique à leur enfant. À mesure que les analyses et procédures de dépistage de ce genre deviendront moins risquées et moins intrusives (ce qui est à prévoir) et de plus en plus accessibles, le gouvernement songera peut-être à rendre obligatoire les tests de dépistage d'anomalies génétiques graves. Il y a au moins un commentateur américain qui soutient qu'une telle mesure gouvernementale pourrait résister à une contestation fondée sur la Constitution américaine[216].

Pour pouvoir primer les droits constitutionnels à la liberté et à la vie privée, il faudrait que l'intérêt de l'État soit jugé impérieux. D'aucuns ont affirmé que tel serait le cas lorsque les analyses procureraient à la femme les renseignements « nécessaires » aux fins de décider d'interrompre volontairement sa grossesse, ou de se préparer à la naissance d'un enfant en vue de maximiser le bien-être de celui-ci[217].

Par ailleurs, certains ont donné à entendre qu'il existait peut-être un « droit du fœtus sous condition suspensive ». Ce droit serait conféré uniquement au fœtus dont la mère ou les parents auraient l'intention de l'amener jusqu'à terme, et il protégerait uniquement un tel fœtus. Certains tribunaux américains ont décrit ce droit comme le droit de naître « sain d'esprit et de corps » ou « sans déficiences ».

Certains commentateurs américains ont soutenu que lorsque l'on combine ce droit avec à la volonté croissante de la société d'examiner les comportements antérieurs à la naissance, la conception de plus en plus répandue chez les médecins selon laquelle le fœtus est un patient à part entière, indépendamment de la mère, et une norme de prudence et de diligence émergente qui favorise le dépistage anténatal, l'on peut considérer que le droit en question s'étend aux décisions des parents et des médecins en ce qui touche la génétique[218]. D'autres ont avancé que l'émergence du droit à un esprit et un corps sains pourrait être motivée par un désir de prévenir la souffrance humaine. Selon certaines des personnes qui militent en faveur d'un tel droit, celui-ci aurait pour effet d'assurer que les enfants ne souffrent pas inutilement à cause d'une déficience grave ou d'une maladie génétique potentiellement mortelle[219].

Cependant, certains commentateurs ont exprimé de sérieuses préoccupations au sujet du nouveau droit de naître sain d'esprit et de corps. Une reconnaissance généralisée de ce droit au profit de l'embryon ou du fœtus porterait certainement atteinte au droit de la femme à la liberté et à la vie privée, surtout si l'État devait tenter d'imposer un dépistage génétique obligatoire.

Le dépistage anténatal et le DPI[220] impliquent tous deux des interventions chirurgicales intrusives pratiquées sur le corps de la femme; un tel dépistage obligatoire constituerait donc une atteinte de l'État à la liberté et à l'intégrité physique de la femme. En outre, du fait de leur caractère obligatoire, les tests supprimeraient l'exigence d'un consentement libre et éclairé de la part de la femme, une exigence essentielle relativement à tout traitement médical quel qu'il soit.

---

215 Lois Shepherd, « Protecting Parents' Freedom to Have Children with Genetic Differences », 1995 *U. Ill. L. Rev.* 761 à la p. 3 (Lexis Nexis).

216 *Ibid.* à la p. 8 citant John A. Robertson « Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth », (1983) 69 *Va. L. Rev.* 405 à la p. 425.

217 Shepherd, *supra* note 215 à la p. 8.

218 *Ibid.* à la p. 4.

219 *Ibid.* à la p. 9.

220 Pour procéder à un DPI, il faut que les embryons existent en dehors du corps de la femme, c.-à-d. in vitro. Pour féconder les ovules de la femme en dehors de son corps, il faut les prélever au moyen d'une procédure intrusive à l'intérieur de son corps.

On retrouve de nombreux opposants au droit de naître sain d'esprit et de corps au sein du mouvement pro-vie aux États-Unis[221]. Le droit de naître sain d'esprit et de corps est invoqué le plus souvent par un enfant qui intente une action fondée sur une vie préjudiciable. Les groupes pro-vie considèrent que les actions fondées sur une vie préjudiciable méconnaissent le caractère sacré de la vie humaine et encouragent les médecins à pratiquer des avortements[222].

Un universitaire canadien, Bernard Dickens, a affirmé que les tribunaux traitent les actions fondées sur une vie préjudiciable d'une manière étonnamment similaire à leur approche initiale à l'égard des actions fondées sur une naissance préjudiciable. Cet auteur signale que les tribunaux ont d'abord hésité à admettre les actions fondées sur une naissance préjudiciable, en invoquant précisément les arguments sur lesquels ils s'appuient aujourd'hui pour rejeter les actions fondées sur une vie préjudiciable. Cependant, Dickens souligne que les tribunaux sont de moins en moins enclins de nos jours à affirmer que, sur le plan du Droit, la vie, même si elle s'accompagne des déficiences les plus graves et les plus incapacitantes, est toujours préférable à la non-existence[223].

Selon Dickens, le discours sur le caractère sacré de la vie et sur l'objectif symbolique ou d'ordre public du Droit qui doit célébrer la vie fait fi de la dure réalité de la vie pour bon nombre de personnes gravement handicapées. Dickens opine que cette réalité peut s'avérer particulièrement dure aux États-Unis, où les modestes services de santé publics ne répondent pas adéquatement aux besoins de tous les citoyens. Il a souligné que même au Canada, les régimes d'assurance-maladie provinciaux fonctionnent par subrogation et les provinces sont souvent pressées de recouvrer les coûts de soins additionnels au moyen d'actions en justice[224].

En outre, Dickens a affirmé que la résistance judiciaire aux actions fondées sur une vie préjudiciable révèle une « insistance réactionnaire » sur l'idée voulant que la naissance humaine soit toujours bénéfique. Selon Dickens, le Droit pourrait préserver son intégrité et son aptitude à réaliser la justice sociale en reconnaissant les demandes fondées sur la douleur, les souffrances et les coûts financiers attribuables à la négligence d'autrui[225]. Cela pourrait se faire par exemple si l'on admettait que l'enfant né avec une maladie génétique évitable puisse intenter une action fondée sur une vie préjudiciable.

Certains experts américains ont cependant soutenu que tout fœtus a le droit de ne pas faire l'objet de manipulations génétiques : le fœtus a le droit de venir au monde sans avoir été touché par les priorités et les désirs génétiques de ses prédécesseurs[226]. Ces auteurs affirment que ce droit découle du droit à la sécurité de la personne garanti dans divers instruments internationaux, comme la DUDH et le PIRDCP[227].

Le discours relatif aux droits présuppose que leurs titulaires sont en mesure de revendiquer, d'exercer et de faire respecter leurs droits. Or, tout cela est difficile lorsque l'on n'est pas encore un membre de la société humaine[228]. Le problème de la non-existence n'a pas empêché cependant la multiplication des recours aux États-Unis fondés sur des préjudices causés avant la conception ou la naissance de l'enfant.

Certains ont avancé que, puisque la fécondation in vitro sépare l'embryon de l'utérus de la femme, on peut considérer l'embryon in vitro comme une unité distincte possédant des droits qui lui sont propres, indépendamment de la mère[229]. Si tel était le cas, pourrait-on soutenir que l'embryon in vitro possède le droit fondamental de naître sain d'esprit et de corps? Un tel droit pourrait en obliger d'autres soit à procéder à un DPI en vue de sélectionner, à des fins de transfert, seul les embryons qui semble exempts de maladie potentiellement mortelle ou incapacitante ou encore à soumettre l'embryon à des thérapies génétiques ou autres de manière à faire en sorte qu'il devienne un être humain en santé.

---

221 Dickens, *supra* note 187 à la p. 80.
222 *Ibid.* à la p. 81.
223 *Ibid.* aux pp. 92-3.
224 *Ibid.* à la p. 95.
225 *Ibid.* à la p. 107.
226 Munayyer, *supra* note 1 à la p. 10 (Lexis Nexis); Hendricks et Nowak, « Western European Case Study: The Impact of Technology on Human Rights », Global Case Studies 243, C.G. Weeramantry, dir., 1993, à la p. 272; Recommandation 934 du Conseil de l'Europe sur le génie génétique, Ass. parl. eur., 22e sess., documents nos 4832-33 (1982) (reconnaissant le droit d'hériter d'un génome qui n'a pas été modifié artificiellement), reproduit dans Rogers et de Bousingen, *Bioethics in Europe*, 1995 à la p. 303.
227 *Ibid.* (Munayyer) à la p. 10.
228 *Ibid.* à la p. 11.
229 Roberts, *supra* note 12 à la p. 10 (Lexis Nexis).

Il est permis de penser qu'un tel droit ne porterait pas atteinte au droit de la mère, puisque l'embryon in vitro est en dehors de son corps. L'on pourrait toujours engager un avocat chargé de défendre les intérêts de l'embryon in vitro, comme on le fait aujourd'hui dans le cas des enfants qui intentent des poursuites fondées sur des préjudices causés avant la naissance ou avant la conception ou encore sur une vie préjudiciable.

3.7.2.4 Le Droit au Canada

Le Droit au Canada ne reconnaît pas les droits du fœtus ou de l'embryon jusqu'à ce qu'ils naissent vivant, bien que certains causes récentes, notamment *Petkovic (Litigation Guardian of) c. Olupona*[230] et *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*[231], semblent indiquer que cette approche pourrait être en voie de changer. Dans *Winnipeg, supra*, la Cour avait évoqué les principes généraux selon lesquels, en Droit canadien, le fœtus n'est pas reconnu comme une personne susceptible de posséder des droits. Cependant, une fois que l'enfant est né vivant, le Droit peut reconnaître que l'enfant existait avant sa naissance à certaines fins, c.-à-d. qu'un tribunal peut admettre en rétrospective une existence antérieure à la naissance[232].

En 1972, la Haute Cour de l'Ontario a jugé, dans l'affaire *Duval et al. c. Seguin et al.*[233] (« *Duval* »), que le conducteur d'un véhicule automobile avait une obligation de prudence et de diligence envers un fœtus, et que cette obligation conférait un droit d'action à l'enfant dès qu'il naissait vivant. Dans sa décision, la Cour a fait l'historique des droits du fœtus en common law et a noté qu'à certaines fins, notamment aux fins du droit de propriété, on reconnaissait depuis longtemps des droits au fœtus[234].

La Cour a examiné la jurisprudence américaine et a noté que jusqu'à il y vingt-cinq ans, la majorité des décisions étaient défavorables aux recours en dommages-intérêts intentés par l'enfant au titre de préjudices anténataux. Selon la Cour, les motifs le plus souvent invoqués pour refuser un tel droit de recours à l'enfant étaient la difficulté d'établir le lien de causalité, le risque appréciable de témoignages extravagants et de fraude et la crainte que l'admissibilité de ces recours ne provoque un déluge de litiges et invite à la spéculation et aux abus[235]. Cependant, la Cour a affirmé que l'on observait maintenant la situation inverse[236]. Par exemple, dans *Sinkler c. Kneale*[237], la Cour suprême de la Pennsylvanie a jugé qu'un enfant pouvait exercer un recours fondé sur des dommages subis alors qu'il était un fœtus âgé d'un mois.

En outre, la Cour de l'Ontario a cité l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*[238] (« *Montreal* »), rendu par la Cour suprême en 1933 en vertu du Droit civil québécois. Dans *Montreal*, la Cour avait tenu la partie défenderesse responsable des dommages subis par l'enfant en gestation ou in utero[239]. En Droit civil, le fœtus était considéré comme vivant lorsque cela était à son avantage[240].

Le juge Lamont, s'exprimant au nom de la majorité Cour de l'Ontario, dans *Duval*, a affirmé :

> [TRADUCTION]
>
> ... nous n'avons relevé aucune décision finale (ou tout au plus une seule) ayant fait droit à l'action intentée par un enfant sur le fondement d'un préjudice anténatal. La rareté des jugements est loin d'être déterminante, et elle s'explique peut-être dans une large mesure par l'inévitable difficulté ou impossibilité d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute reprochée et le préjudice chez l'enfant. Cependant, grâce aux progrès de la médecine, ce qui aurait pu constituer une difficulté insurmontable dans le passé pourrait désormais être jugé prouvable[241].

On a signalé que l'arrêt *Duval* avait attiré l'attention sur la question de la responsabilité et de l'enfant à naître et sur la tendance à l'expansion du droit en matière de

---

230 *Petkovic (Litigation Guardian of) c. Olupona*, [2002] J.O. nº 1269 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL).

231 *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*, [2005] J.O. nº 135 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

232 Voir l'analyse plus détaillée dans *Winnipeg supra* note 92 à la p. 19 et au chapitre 2 à la p. 48.

233 *Duval et al. c. Seguin et al.* [1972] 2 O.R. 686-703 (Cour de justice de l'Ontario) (Lexis Nexis); conf. par (1974), 1 O.R. (2d) 482 (C.A. Ont.).

234 *Ibid.* à la p. 7.

235 *Ibid.* aux pp. 7-9.

236 *Ibid.* à la p. 8.

237 *Sinkler c. Kneale* (1960), 164 A. 2d 93.

238 *Montreal Tramways Co. c. Leveille*, [1933] R.C.S. 456.

239 *Duval, supra* note 233 à la p. 7 (Lexis Nexis).

240 *Ibid.* à la p. 7.

241 *Ibid.* à la p. 9.

négligence[242]. Les tribunaux se sont montrés réfractaires aux actions fondées sur une naissance préjudiciable dans lesquelles la mère réclamait des dommages-intérêts au titre la naissance non désirée d'un enfant en santé[243]. Dans les cas où l'enfant était né avec des déficiences, les réactions des tribunaux ont été mitigées[244].

L'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*[245] (« *Dobson* ») a établi qu'une mère n'a pas d'obligation de diligence envers son enfant à naître. La majorité de la Cour suprême a exprimé la crainte que la reconnaissance d'une telle obligation dans cette affaire ne mène à l'extension de cette obligation au-delà de la conduite de véhicules automobiles et ne conduise à un examen et une appréciation judiciaires de toutes les activités maternelles susceptibles de présenter un danger pour le fœtus, par exemple le fait de demeurer au travail ou encore le fait d'exécuter des tâches ménagères avec insouciance[246]. Les juges minoritaires dans *Dobson* auraient admis l'existence d'une obligation en l'espèce, c.-à-d. l'obligation de conduire prudemment, parce qu'un conducteur a déjà une telle obligation envers les tiers[247].

Les tribunaux canadiens ont traditionnellement refusé d'admettre l'existence d'un recours fondé sur une vie préjudiciable. Par exemple, dans *Lacroix (Guardian of) c. Dominique*[248] (« *Lacroix* »), la Cour d'appel du Manitoba était saisie de la question de savoir si le juge de première instance avait eu raison de rejeter l'action de l'enfant fondée sur une vie préjudiciable. La Cour a repris les motifs du jugement dans *McKay, supra*, et a jugé qu'une telle cause d'action n'était pas admise au Canada[249]. En 2001, la Cour suprême a refusé la demande de pourvoi.

Le jugement dans l'affaire *Petkovic (Litigation guardian of) c. Olupona*[250] (« *Petkovic* ») laisse entrevoir une petite brèche dans la résistance des tribunaux. La Cour supérieure de justice de l'Ontario était saisie d'une demande de radiation d'une action fondée sur une vie préjudiciable intentée par un demandeur mineur au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable. Les défendeurs s'appuyaient notamment sur le fait que la Cour suprême avait refusé la demande de pourvoi dans *Lacroix* pour soutenir qu'il était désormais établi en Droit au Canada qu'une action fondée sur une vie préjudiciable est irrecevable[251].

À cette prétention, la Cour a répondu :

> [TRADUCTION]
>
> Le fait que la Cour suprême ait refusé la demande de pourvoi dans *Lacroix* n'a pas pour effet, à mon avis, de trancher la question pour l'ensemble du pays même si cette demande de pourvoi soulevait une question d'un intérêt considérable et universel. Il ne s'ensuit pas que la cour a fait sienne la décision de la Cour d'appel du Manitoba… un demande de pourvoi peut être refusée pour toutes sortes de raisons… [L]a décision de la Cour d'appel du Manitoba de rejeter l'action fondée sur une vie préjudiciable repose, sans analyse, sur les motifs de la Cour d'appel anglaise dans *McKay c. Essex Area Health Authority*… Or, lorsqu'on examine cette décision de plus près, celle-ci semble traduire l'ordre public anglais de l'époque et le régime législatif alors applicable en matière de protection des fœtus viables.
>
> […]
>
> En outre, je ne suis pas convaincu que la notion de « caractère sacré de la vie » qui semble sous-tendre au moins en partie les motifs d'un des membres du tribunal dans *McKay* demeure aussi sacro-sainte aujourd'hui qu'elle semblait l'être à l'époque de cette décision… À mon avis, la question de l'existence d'une cause d'action fondée sur une vie préjudiciable n'est pas claire, évidente et indiscutable, surtout plaidée comme elle l'est en l'espèce[252].

---

[242] Osborne, *supra* note 190 à la p. 1 (QL).
[243] Jocelyn Downie, Timothy Caulfield et Colleen Flood, *Canadian Health Law and Policy*, Markham, Ontario, Butterworths, 2002 à la p. 361.
[244] *Ibid.*
[245] *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. à la p. 753. En ligne : http://www.lexum.umontreal.ca.
[246] *Ibid.* à la p. 13.
[247] *Ibid.* à la p. 25.
[248] *Lacroix (Guardian of) c. Dominique*, 2001, C.A. Man. En ligne : http://www.canlii.org/mb/cas/mbca/2001mbca122.html; autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2001] A.C.S.C. no 477.
[249] *Ibid.* à la p. 7.
[250] *Petkovic, supra*, note 230 (QL).
[251] *Ibid.* à la p. 2.
[252] *Ibid.*

La cour a rejeté la requête des parties défenderesses en rejet de l'action de l'enfant, qu'elle a jugée recevable[253]. En appel, la Cour divisionnaire de l'Ontario[254] a cité la décision du juge Sharpe dans deux affaires de vie préjudiciable inédites datant de 1997, où le juge avait écrit :

> [TRADUCTION]
>
> À mon avis, l'ordonnance indiquée... consiste à permettre l'instruction de l'action fondée sur une « vie préjudiciable ». Il s'agit d'un domaine du Droit qui évolue. La question n'a pas été examinée en profondeur par les tribunaux canadiens. Ce n'est que récemment que les tribunaux canadiens ont admis la recevabilité des actions des parents fondées sur une « naissance préjudiciable »... De façon plus générale, le régime législatif relatif à l'avortement a subi d'importantes modifications qui ont entraîné un élargissement du pouvoir décisionnel des parents[255].

La Cour divisionnaire a jugé que le tribunal inférieur avait tranché la question correctement lorsqu'il avait permis l'instruction de l'action. Le juge Epstein a affirmé :

> [TRADUCTION]
>
> Il devrait appartenir au juge du procès de déterminer, à la lumière de l'ensemble du dossier, si le demandeur devrait obtenir une réparation. C'est ainsi que la common law évolue sur les points de Droit nouveau, où la cour a créé une nouvelle cause d'action là où l'on n'en avait reconnu aucune auparavant.

Il y a quelques années la vie préjudiciable n'était pas considérée comme une cause d'action, et l'est maintenant. Le procureur des demandeurs affirme que le Droit dans ce domaine est clairement dans un état fluide... Je suis d'avis que dans ce domaine complexe, un dossier de procès pourrait s'avérer utile pour le tribunal d'appel[256].

La Cour a rejeté la requête des défendeurs pour autorisation d'interjeter appel de la décision du tribunal inférieur et a autorisé la continuation de l'action de l'enfant. À l'occasion de cette décision, la Cour a affirmé : [TRADUCTION] « ...il n'y aucune raison de douter de la justesse des principes appliqués par le savant juge des requêtes dans l'exercice de sa discrétion »[257].

En 2005, les tribunaux de l'Ontario ont été saisis une fois de plus d'un recours intenté par un enfant sur le fondement d'une vie préjudiciable. L'affaire *McDonald-Wright (Litigation Guardian of) c. O'Herlihy*[258] ressemble à bien des égards à l'affaire *Petkovic, supra*. La Cour supérieure de justice de l'Ontario devait statuer sur une requête en irrecevabilité d'une action intentée par l'enfant lésé, Beau McDonald-Wright, contre les défendeurs sur le fondement d'une vie préjudiciable[259]. La juge Lax a affirmé que l'existence d'un recours en responsabilité civile délictuelle fondé sur une vie préjudiciable est une question de Droit qui n'est pas encore tout à fait réglée en Ontario ni au Canada, et elle a donc jugé que [TRADUCTION] « [c]ette action devrait être instruite »[260]. Pour arriver à cette conclusion, la juge Lax s'est appuyée notamment sur les propos de la juge Wilson dans l'arrêt *Hunt c. Carey* :

> Ce n'est pas parce qu'un acte de procédure révèle [TRADUCTION] « une question de droit contestable, difficile ou importante » que l'on peut radier certaines parties de la déclaration. Certes, j'irais jusqu'à dire que, lorsqu'une déclaration révèle une question de droit difficile et importante, il peut fort bien être capital que l'action puisse suivre son cours. Ce n'est que de cette façon que nous pouvons nous assurer que la common law en général, et le droit en matière de responsabilité civile en particulier, vont continuer à évoluer pour répondre aux contestations judiciaires qui se présentent dans notre société industrielle moderne [261].

L'importance d'admettre une cause d'action fondée sur une vie préjudiciable au Canada résiderait dans le fait que, comme ce fut le cas aux États-Unis, les tribunaux

---

253 *Ibid.* à la p. 3.
254 *Petkovic c. Olupona*, [2002] J.O. nº 3411 (C. div. Ont.) (QL).
255 *Ibid.* à la p. 2.
256 *Ibid.* à la p. 4.
257 *Ibid.* à la p. 4. Nous n'avons trouvé aucune autre décision rendue dans l'affaire *Petkovic*. Il se peut que la cause ait été réglée hors cour et que le jugement entérinant ce règlement soit inédit.
258 *McDonald-Wright, supra* note 231(QL).
259 *Ibid.* au par. 1.
260 *Ibid.* au par. 16.
261 *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 599 au par. 49.

devront peut-être s'escrimer un jour ou l'autre avec la question de savoir si la common law confère à l'enfant le droit de naître sain d'esprit et de corps.

3.7.2.5 Analyse

L'analyse qui suit aborde un domaine controversé, et elle se borne aux développements observés aux États-Unis. Nous y examinerons la question de savoir si le droit de naître sain d'esprit et de corps, qui émerge actuellement en common law, et ce, sur le fondement de principes de responsabilité civile délictuelle, pourrait éventuellement se muer en un droit fondamental de la personne.

Dans le passé, il n'existait aucune procédure scientifique ou médicale permettant de diagnostiquer une maladie génétique chez un embryon in utero, un fœtus ou un embryon in vitro. Aujourd'hui, si un médecin ou une clinique omet d'informer des parents à risque au sujet des tests de dépistage génétique, tels le DPI ou l'amniocentèse, les enfants qui naissent avec une maladie potentiellement mortelle peuvent réclamer des dommages-intérêts dans certains états américains sur le fondement d'une vie préjudiciable et d'un droit reconnu en common law de naître sain d'esprit et de corps. Dans d'autres états, l'action de l'enfant fondée sur une vie préjudiciable serait rejetée. Cependant, il demeurerait probablement loisible aux parents de poursuivre le médecin pour délit causé à l'enfant à naître relativement aux dommages survenus avant ou après la naissance, mais après la conception de l'enfant[262], dépendant des faits générateurs de la cause.

Il n'est pas impossible qu'avec les progrès rapides de la biotechnologie, la société et les tribunaux doivent éventuellement revoir certains concepts plus traditionnels en matière de droits de la personne et peut-être en créer de nouveaux.

Une des solutions envisageables serait d'étendre le droit de l'enfant de naître sain d'esprit et de corps de manière à ce que ce droit s'applique en dehors du contexte de la responsabilité civile délictuelle. Pourrait-on fonder un tel droit sur les garanties constitutionnelles de liberté et de sécurité de la personne? Pourrait-on restreindre ce droit de manière à ce qu'il s'applique uniquement aux embryons in vitro sélectionnés à des fins de reproduction? Le droit existerait uniquement entre le moment de la création de l'embryon in vitro et le moment de son implantation chez la femme. Une fois l'embryon transféré, les droits de la femme et ceux de l'embryon in utero devraient être conciliés (cette approche s'apparenterait à celle adoptée par la Louisiane, en vertu de son code civil, où l'embryon in vitro possède des droits seulement avant le transfert).

Le droit à l'autonomie en matière de procréation, d'apparition récente, a été dégagé des garanties constitutionnelles de liberté et de vie privée, qui tirent leur origine des premier, quatrième et cinquième amendements de la Constitution des États-Unis. Les tribunaux considèrent tous les droits reconnus au titre de la garantie de vie privée comme fondamentaux parce qu'ils relèvent de domaines de nature personnelle où l'on ne tolère guère l'ingérence injustifiée de l'État. Les droits fondamentaux sont ceux qui jouissent de la plus grande protection en vertu de la loi.

Les États-Unis ont signé la *Convention relative aux droits de l'enfant* (« CRE ») des Nations Unies, mais ils ne l'ont pas ratifiée. Les tribunaux pourraient s'appuyer sur les droits prévus à la CRE comme guides d'interprétation pour l'application de la Constitution américaine et de la législation interne. Le paragraphe 24(1) énonce que les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible. Ce droit pourrait être invoqué au soutien de l'argument voulant que les enfants aient le droit de naître dans le meilleur état de santé possible. Ce droit pourrait inclure et protéger l'accès des parents à des méthodes de dépistage génétique, telles le DPI, sans ingérence de l'État, pour assurer autant que possible que l'enfant naîtra sans une maladie génétique déterminée. L'on pourrait soutenir que l'État ne devrait pas refuser l'accès à des techniques rapidement et facilement utilisables permettant de contribuer à faire en sorte que l'enfant à naître jouisse du meilleur état de santé possible. Cependant, étant donné que ces instruments internationaux ne traitent que des enfants, il n'est pas certain que l'on pourrait les interpréter de manière à ce qu'ils s'appliquent à un enfant éventuel existant sous la forme d'un embryon in vitro.

---

[262] Collins, *supra* à la note 184.

Un tel droit constituerait un droit négatif vis-à-vis de l'État. Le droit imposerait à l'État l'obligation de ne pas entraver l'accès des parents au DPI employé dans le but de faire en sorte que l'embryon in vitro sélectionné ait, une fois devenu un enfant, la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible.

Même si l'obligation de l'État existerait envers une personne éventuelle, cette approche s'accorde avec celle déjà adoptée par les tribunaux dans le cadre des actions fondées sur des délits antérieurs à la conception, où le médecin, lorsqu'il traite une femme, a aussi une obligation de diligence envers tout enfant éventuel. L'obligation de l'État serait due à l'enfant éventuel, existant sous forme d'embryon in vitro, tandis que le droit de l'enfant se cristalliserait seulement après qu'il serait né vivant. Cette approche s'apparenterait aussi à celle adoptée par les tribunaux dans le cadre des actions fondées sur des délits anténataux. Les tribunaux reconnaissent l'existence de l'enfant avant sa naissance uniquement aux fins de permettre l'exercice de recours en dommages-intérêts en responsabilité civile délictuelle. Au surplus, les tribunaux examinent généralement la question de savoir si une telle approche est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une fois que l'enfant est né vivant, l'on pourrait demander aux tribunaux de revenir sur l'époque où l'enfant était un embryon in vitro à seul fin d'autoriser un recours contre l'État au motif d'une entrave à l'accès des parents à des renseignements nécessaires pour permettre une santé optimale. Cette approche s'accorderait avec la règle établie de longue date en common law selon laquelle des droits ne sont accordés à un fœtus non encore né seulement après qu'il est né vivant. Le droit de l'enfant serait un droit négatif, en ce sens que l'enfant a le droit de naître sain d'esprit et de corps, sans ingérence de l'État.

En supposant que le droit de naître sain d'esprit et de corps découle d'un ou plusieurs des amendements à la Constitution américaine, l'État pourrait tout de même restreindre ce droit. Il pourrait porter atteinte à ce droit, mais uniquement lorsque l'État a ce que les tribunaux américains appellent un « motif impérieux » (« *compelling reason* »).

3.7.2.6 Conclusion

Malgré les indications provenant des États-Unis selon lesquelles le droit de naître sain d'esprit et de corps est un droit en voie d'émergence en common law, ce droit a seulement été reconnu dans trois états américains, et seulement dans le contexte des actions civiles fondées sur une vie préjudiciable. À ce jour, les tribunaux canadiens n'ont pas voulu admettre la recevabilité des actions fondées sur une vie préjudiciable, bien que certaines décisions émanant de tribunaux inférieurs portent à croire que cela pourrait changer. En outre, les tribunaux canadiens n'ont pas encore été saisis de la question de savoir s'il existe en common law un droit de naître sain d'esprit et de corps.

Au Royaume-Uni des modifications législatives récentes semblent avoir ouvert la porte aux actions fondées sur une vie préjudiciable, à tout le moins dans le contexte des techniques de reproduction assistée. À mesure que la technologie progresse et que les tests de dépistage d'anomalies génétiques deviennent plus accessibles et moins intrusifs, les tribunaux commenceront peut-être à admettre les recours fondés sur le droit de naître sain d'esprit et de corps. Avec le temps, un tel droit pourrait éventuellement se muer en un droit ou une norme à caractère fondamental. Il deviendrait plus difficile pour l'État d'interdire l'accès à des tests, notamment le DPI, ainsi qu'aux thérapies génétiques mises au point pour supprimer les précurseurs d'une maladie héréditaire chez l'embryon in vitro. Ce droit négatif permettrait à l'enfant de contester l'interdiction faite par l'État au motif qu'elle porterait atteinte au droit fondamental de naître dans un état de santé optimal – sain d'esprit et de corps – afin de pouvoir jouir du meilleur état de santé possible.

Il serait prématuré de tenter de prédire si un tel droit accéderait au rang de droit protégé par la *Charte* au Canada. Il demeure extrêmement difficile de trouver un consensus au sein de la société quant à la façon de concevoir l'embryon in vitro sur les plans de la morale et du Droit. La même difficulté se présente aussi au niveau international, et cette difficulté compliquerait probablement toute tentative de formuler une norme ou un droit semblable au profit de l'embryon in vitro en Droit international.

En outre, tout droit exprès de procéder à des dépistages génétiques devrait nécessairement être pondéré en regard des droits de la femme en ce qui touche l'autonomie en matière de procréation. Pour le moment, la question est confinée dans une large mesure aux États-Unis, et elle est peu susceptible de surgir ailleurs dans le monde d'ici à ce que les techniques de reproduction, notamment le DPI et la thérapie génétique, deviennent relativement simples et abordables et soient considérées comme une intervention acceptable du point de vue culturel.

3.8 Conclusion

Bien que les tribunaux aient eu l'occasion de discuter des droits des fœtus dans le contexte des litiges civils et – dans une certaine mesure – dans les causes relatives à l'avortement, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur la question de savoir quels droits la common law confère, le cas échéant, à l'embryon in vitro, un être qui existe en dehors du corps de la femme. Le perfectionnement des techniques de procréation assistée, en particulier les diagnostics génétiques antérieurs à la conception et les diagnostics génétiques in vitro, pourrait obliger les tribunaux à examiner cette question dans un proche avenir. L'absence de jurisprudence à l'heure actuelle à ce jour constitue une lacune dans le cadre actuel des droits de la personne.

Les tribunaux au Canada ont réglé en partie la question du droit à l'autonomie en matière de procréation, bien que cette question ne soit pas particulièrement claire ni réglée en Droit international. Le droit à la liberté, enchâssé à l'article 7 de la *Charte*, emporte le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans ingérence de l'État (sauf si une telle ingérence est jugée conforme aux principes de justice fondamentale).

Les tribunaux ont statué que les femmes au Canada jouissent, au titre du droit à la liberté prévu à l'article 7, d'une marge d'autonomie dans la prise de décisions personnelles concernant la procréation. En particulier, les femmes ont le droit absolu de se faire avorter au cours des premiers stades de la grossesse. Ce droit à l'autonomie en matière de reproduction serait probablement considéré comme protégeant la décision d'une femme de recourir à des techniques de procréation assistée. En outre, l'on pourrait soutenir que le droit de la femme à l'autonomie en matière de procréation comprend le droit de ne pas être privée de renseignements médicaux au sujet de ses embryons in vitro qui sont « nécessaires » pour lui permettre de prendre une décision en matière de procréation.

Maintenant que certaines des dispositions de la *Loi sur la procréation assistée* sont en vigueur, la *Charte* s'appliquera à certaines des activités évoquées au présent chapitre. L'on peut s'attendre à ce que des litiges surgissent enter des individus et l'État en rapport avec certaines activités interdites. Les tribunaux canadiens seront appelés, pour la première fois, à trancher ces questions, et ils ne manqueront pas de prendre en considération les droits et principes énoncés dans divers instruments internationaux. Le défi pour les tribunaux consistera à trancher ces questions avec un regard tourné vers l'avenir, en tenant compte des intérêts sociétaux plus généraux ainsi que des droits de la personne. La nature pluraliste du Canada, où différentes communautés et différents individus peuvent avoir des opinions divergentes sur les plans de la morale et de l'éthique, et les voies nouvelles inconnues et inexplorées ouvertes par ces nouvelles techniques, se conjugueront pour faire de cette tâche un défi de taille.

Gouvernement du Canada
Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 4

Le droit à la recherche

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue lu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Chapitre 4

Table des matières

4.1 Introduction 4–1

4.2 Recherches faisant appel à un embryon in vitro 4–1

4.3 Renseignements généraux 4–2

4.4 Enjeux 4–5

4.5 Question 1 : Existe-t-il un droit humain d'entreprendre une recherche scientifique? 4–5

4.5.1 Instruments régionaux et internationaux 4–6
4.5.2 La législation dans d'autres pays 4–9
4.5.3 Le droit au Canada 4–12
4.5.4 Doctrine et autres commentaires 4–18
4.5.5 Analyse 4–24
4.5.6 Conclusion 4–28

4.6 Question 2 : Le droit de bénéficier des progrès scientifiques 4–29

4.6.1 Instruments internationaux et régionaux 4–29
4.6.2 Le droit dans d'autres pays 4–29
4.6.3 Doctrine 4–29
4.6.4 Le droit au Canada 4–30
4.6.5 Analyse 4–32
4.6.6 Conclusion 4–33

4.7 Question 3 : L'embryon in vitro 4–33

4.7.1 Le droit dans d'autres pays 4–33
4.7.2 Doctrine 4–35
4.7.3 Analyse 4–37
4.7.4 Conclusion 4–39

4.8 Conclusion 4–39

Chapitre 4

Le droit à la recherche

Judy Hunter

4.1 Introduction

Les progrès en biotechnologie repoussent sans cesse les frontières de la connaissance grâce aux recherches et aux découvertes scientifiques réalisées dans de nombreux domaines, comme la santé et l'environnement. On a prédit qu'au cours du présent siècle, les progrès scientifiques auraient un impact plus grand que les progrès en télécommunications et en informatique enregistrés au siècle dernier. Comme la recherche en biotechnologie suppose souvent la manipulation du vivant, elle peut susciter autant la controverse que l'enthousiasme[1].

Les scientifiques devraient-ils jouer avec la nature et modifier la vie? Les animaux et les humains devraient-ils être clonés? Les plantes devraient-elles être modifiées génétiquement? Les embryons humains devraient-ils être créés ou utilisés à des fins de recherche? Toutes ces questions soulèvent des enjeux moraux, éthiques et juridiques. Il est difficile d'en arriver à un consensus dans la société quant à la légitimité de ces activités étant donné que les individus et les groupes professent souvent des vues assez fermes et diamétralement opposées.

Depuis 1999, le Secrétariat canadien de la biotechnologie (« SCB ») a sondé l'opinion publique concernant la biotechnologie et la politique publique en la matière. Le SCB a toujours constaté dans ses études d'opinion que les Canadiens ont l'esprit ouvert et reconnaissent les avantages associés à la biotechnologie, en particulier ceux liés aux découvertes médicales, à l'amélioration de la qualité de vie et à la création d'emplois. Les deux tiers des répondants sondés se disent en faveur de l'accent mis par le Canada sur la biotechnologie, tant et aussi longtemps qu'on prend soin de gérer et d'atténuer les risques potentiels[2].

Le présent chapitre porte sur les questions relatives aux droits de la personne que peut soulever la recherche scientifique. Nous utilisons comme exemple tout au long du chapitre la recherche portant sur les cellules souches embryonnaires provenant d'un embryon humain in vitro. Cet exemple a été choisi parce qu'on connaît en général les percées scientifiques et les promesses dans ce domaine de recherche et que les commentaires d'universitaires abondent. De plus, le prélèvement et l'utilisation des cellules souches issues d'embryons humains engendrent des points de vue très variés sur les plans moral, éthique et juridique[3].

4.2 Recherches faisant appel à un embryon in vitro

La possibilité d'utiliser un embryon humain à des fins de recherche est devenue une réalité à la fin des années 70 et au début des années 80 par suite du succès grandissant de la fécondation in vitro. Les chercheurs médicaux et scientifiques ont commencé à employer des embryons in vitro pour obtenir des cellules souches embryonnaires dans l'espoir d'inventer, grâce à elles, des traitements curatifs pour des maladies débilitantes et potentiellement mortelles

---

1 Gouvernement du Canada, *La biotechnologie transforme la société : une économie novatrice et une meilleure qualité de vie* (rapport sur la biotechnologie, 1998-2003), p. 2.

2 *Ibid.*, p. 5.

3 Françoise Baylis, "Betwixt and Between Human Stem Cell Guidelines and Legislation" (2002) 11 Health L. Rev. No. 1, 44-50, p. 2 (QL).

chez les humains[4]. Le recours à des embryons humains in vitro dans ces recherches inquiète de nombreuses personnes, car le prélèvement de cellules souches chez l'embryon entraîne la destruction de ce dernier.

Dans certains pays, c'est uniquement à des fins de recherche que les chercheurs peuvent créer des embryons in vitro comme source de cellules souches, soit par fécondation in vitro, transfert de noyaux de cellules somatiques[5] (clonage thérapeutique), segmentation d'embryons ou parthénogenèse[6]. Dans ces pays, les chercheurs ont accès à un approvisionnement continu d'embryons in vitro et de cellules souches embryonnaires pour leurs activités de recherche. Dans d'autres pays, où seule la création d'embryons in vitro à des fins de reproduction est permise, les chercheurs doivent s'en remettre, pour pouvoir effectuer des recherches, aux individus ou aux couples qui veulent bien leur donner leurs embryons surnuméraires, c.-à-d. les embryons in vitro dont ils n'ont plus besoin pour la reproduction.

4.3 Renseignements généraux

Les connaissances scientifiques

Il existe cinq sources possibles de cellules souches embryonnaires : 1) un embryon in vitro créé à des fins de reproduction et considéré par la suite comme surnuméraire, 2) un embryon in vitro créé expressément aux fins de la recherche par la fécondation d'un ovule avec des spermatozoïdes, 3) un embryon in vitro créé par clonage thérapeutique, 4) un embryon in vitro créé par segmentation d'embryons et 5) un embryon in vitro créé au moyen de la parthénogenèse.

Cellules souches

Environ cinq jours après la fécondation, lorsque l'embryon in vitro devient un blastocyste et compte plus de 100 cellules, des cellules souches peuvent être isolées de la masse cellulaire interne et mises en culture en laboratoire pour former des lignées de cellules souches embryonnaires. Ces cellules sont uniques parce qu'elles ont la capacité de s'autorenouveler et de se différencier dans d'autres tissus du corps[7]. L'isolement et le prélèvement de ces cellules entraînent la destruction de l'embryon[8].

Les cellules souches embryonnaires peuvent croître et se diviser indéfiniment. Elles peuvent également être congelées en petits lots pour des recherches futures et être distribuées à d'autres scientifiques[9], et elles peuvent être stimulées pour devenir des cellules de tout autre type, telles que des neurones, des cellules du sang, du cerveau ou des muscles. De nombreux chercheurs considèrent ces cellules microscopiques comme la clé de remèdes et de traitements futurs. Elles pourraient éventuellement être utilisées pour remplacer des tissus ou organes défectueux ou malades[10]. Bon nombre de maladies, comme la maladie de Parkinson et le diabète juvénile, résultent de la perte ou du dysfonctionnement de certains types de cellules. Le remplacement de ces cellules endommagées pourrait permettre d'obtenir un traitement efficace, voire une guérison[11]. En outre, les cellules souches pourraient être mises en culture en laboratoire pour se développer en

---

4 Denise Stevens, "Embryonic Stem Cell Research: Will President Bush's Limitation on Federal Funding Put the United States at a Disadvantage? A Comparison Between U.S. and International Law" (2003) 25 Hous. J Int'l L. 623, p. 3 (Lexis Nexis). Par exemple, l'application de la biotechnologie au matériel de reproduction, telle que dans l'embryon in vitro, pourra un jour permettre aux scientifiques de cultiver des tissus de remplacement ou des organes destinés à la transplantation qui ne seraient pas rejetés par le receveur. Cette technologie pourrait servir à résoudre les problèmes actuels de pénurie de tissus et d'organes compatibles pour la transplantation.

5 Le « transfert de noyaux de cellules somatiques » consiste à retirer le noyau d'un ovocyte humain et de le remplacer par le noyau d'une cellule d'un donneur. L'ovocyte est artificiellement stimulé et commence à se développer pour former un embryon in vitro. (The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002), p. 132.)
Internet : http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html

6 La « parthénogenèse » est une forme de reproduction non sexuée où les ovules sont soumis à un choc électrique ou à un traitement chimique afin de déclencher la division cellulaire et le développement embryonnaire (The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002) p. 132). Internet : http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html

7 Ces cellules sont considérées comme « pluripotentes », c.-à-d. qu'elles peuvent donner naissance à la plupart des types de tissus mais ne sont pas en mesure de donner la vie à un organisme fonctionnel. Elles peuvent être gardées en vie dans un milieu artificiel et prolifèreront plus ou moins indéfiniment; *Ibid.* (D. Stevens), p. 4.

8 *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

9 D' Ao Asangla, Université McGill, Montréal (courriel, 6 avril 2004); Stem Cell Network, Research Overview. Internet : http://www.stemcellnetwork.ca/research/overview.php/php%20Accessed%20April%202004; Avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, n° 15, *Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation* (14 novembre 2000), p. 4.

10 La U.S. National Bioethics Advisory Commission (créée par décret du Président Bill Clinton, le 3 octobre 1995), *Ethical Issues in Human Stem Cell Research*, vol. I (Rockland, Maryland, septembre 1999), p. 8.

11 *Ibid.*, p. 20.

des tissus ou organes spécifiques destinés à la transplantation. C'est le domaine de recherche sur les cellules souches embryonnaires qui semble offrir actuellement le plus d'espoir.

Lorsque les cellules souches se divisent, elles demeurent soit des cellules souches ou deviennent d'autres cellules plus spécialisées. En théorie, elles pourraient se diviser indéfiniment pour reconstituer les stocks d'autres cellules[12]. La plupart des cellules spécialisées dans le corps humain ne se divisent pas mais sont plutôt remplacées ou reconstituées à partir de populations de cellules souches déjà présentes dans la plupart des tissus de l'organisme[13]. Ces cellules souches plus vieilles se trouvent dans les tissus et les organes du corps humain et sont appelées « cellules souches adultes »[14].

Ces cellules souches sont le plus abondantes dans les tissus et les organes qui se renouvellent constamment, comme la moelle osseuse, la peau, la muqueuse de l'intestin grêle[15]. Les cellules présentes dans ces tissus meurent constamment et sont remplacées par d'autres provenant d'une sous-population de cellules souches en division qui produit des cellules de remplacement pour les cellules terminalement différenciées dont la durée de vie est relativement courte[16].

On a découvert que les cellules souches adultes sont moins capables de se différencier dans d'autres types cellulaires, et leurs profils de différenciation sont moins prévisibles et moins bien maîtrisés que ceux des cellules souches embryonnaires. Jusqu'à présent, les scientifiques n'ont pas réussi à cultiver de grandes quantités de cellules souches adultes : ces cellules souches sont difficiles à isoler et à garder en vie[17]. De plus, elles ne possèdent pas le même degré d'« élasticité » que les cellules souches embryonnaires parce qu'elles ne participent à la régénération et à la réparation que dans des tissus et des organes spécifiques[18].

Des études récentes ont montré que les cellules souches adultes peuvent avoir plus de potentiel thérapeutique que ce que l'on croyait d'entrée de jeu[19]. La plupart des scientifiques estiment cependant que les recherches devraient se poursuivre sur les deux types de cellules souches[20].

De nombreux scientifiques soutiennent toujours que les cellules souches embryonnaires sont celles qui sont le plus fondamentales et extraordinaires[21]. Elles ont été baptisées l'« essence de l'embryon » parce qu'il s'agit des éléments biologiques essentiels qui sont l'ancêtre commun des 210 types différents de tissu dans le corps humain[22].

Sources de cellules souches

Embryons in vitro surnuméraires

Lorsqu'une fécondation in vitro est pratiquée chez un individu ou un couple à des fins de reproduction, on crée habituellement un nombre beaucoup plus élevé d'embryons in vitro que ce qui peut être transféré dans un seul cycle de traitement. Le reste est normalement congelé à des fins de procréation future. Lorsque l'individu ou le couple ne veut plus d'enfants, il reste souvent des embryons in vitro congelés. Les options quant au sort qu'on doit leur réserver sont limitées : ils peuvent être donnés à d'autres à des fins de reproduction, ils peuvent être donnés aux fins de la recherche ou on peut les laisser mourir.

Ces embryons in vitro surnuméraires qui sont donnés à des fins de recherche peuvent devenir une source de cellules souches embryonnaires pour les scientifiques.

Embryons créés pour la recherche

Avec la possibilité de féconder un ovule humain avec des spermatozoïdes humains à l'extérieur du corps d'une femme à des fins de procréation est venue la possibilité d'utiliser un tel embryon in vitro à des fins de recherche.

---

12 Pour des renseignements de base sur les cellules souches, voir : http://stemcells.nih.gov/stemcell/whatAreStemCells.asp#1

13 Meredith Mariani, "Stem Cell Legislation: An International and Comparative Discussion" (2002) 28 J. Legis. 379, p. 2-3 (Lexis Nexis).

14 *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

15 *Supra*, note 10, p. 12.

16 *Ibid.*

17 *Supra*, note 4, p. 4; Andrew Pollack, *The Stem Cell Debate: Scientists Seek Ways to Rebuild the Body, Bypassing the Embryos* (N.Y. Times, Dec. 18, 2001), p. F6; Meridith Mariani, "Stem Cell Legislation: An International and Comparative Discussion" (2002) 28 J. Legis. 379, p. 4 (Lexis Nexis).

18 *Supra*, note 13, p. 4 (Lexis Nexis).

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Supra*, note 10, p. 7 (Lexis Nexis).

22 *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

Clonage thérapeutique

En 1997, Ian Wilmut, du Roslin Institute à Édimbourg, Écosse, a réussi à cloner une brebis. Wilmut a utilisé la technique du transfert de noyaux de cellules somatiques pour créer « Dolly », la brebis clonée.

En février 2004, des scientifiques en Corée du Sud ont réussi à créer 30 embryons in vitro thérapeutiquement clonés, les ont menés au stade du blastocyste (5-6 jours) et ont prélevé une lignée de cellules souches pluripotentes[23]. Les scientifiques espèrent utiliser les cellules souches pour réparer les tissus endommagés et traiter diverses maladies[24]. Il s'agissait du premier clonage réussi d'embryons humains et c'était la première fois qu'on réussissait à les amener au stade où des cellules souches embryonnaires pouvaient être prélevées[25].

Le clonage thérapeutique, parfois appelé transfert de noyaux de cellules somatiques, a recours au même processus que le clonage reproductif. Il comporte l'isolement d'une cellule somatique (du corps) d'un donneur, telle qu'une cellule de la peau, et l'enlèvement du noyau cellulaire. Le noyau est ensuite inséré dans un ovule humain donné dont on a retiré le noyau[26]. L'ovule est ensuite stimulé électriquement ou chimiquement pour commencer à se diviser et à se développer en un embryon[27]. Le noyau de l'embryon résultant contient maintenant uniquement le matériel génétique du donneur de cellules cutanées[28].

On pourrait conclure que l'embryon résultant est un clone ou une réplique du donneur de cellules cutanées. Une telle conclusion est cependant discutable vu que le cytoplasme de l'ovule donné contient également dans ses mitochondries de l'ADN (de la donneuse de l'ovule), qui diffère de l'ADN du noyau de l'embryon (donné par le donneur de cellules cutanées), et il est ainsi peu probable que l'embryon cloné soit une réplique exacte du donneur de cellules cutanées.

Ce processus repose sur la prémisse scientifique que les cellules souches prélevées chez l'embryon in vitro cloné thérapeutiquement seraient compatibles avec les cellules du donneur de cellules cutanées; ainsi, toutes les cellules, tous les tissus ou organes créés à partir des cellules souches pourraient être transplantés chez le donneur sans crainte d'un rejet par l'organisme. Les cellules, tissus ou organes créés sur mesure contiendraient les gènes du donneur de cellules cutanées et ne seraient pas ainsi attaqués ni détruits par le système immunitaire de cette personne[29].

Il importe toutefois de noter qu'il n'y a pas de consensus concernant le problème de rejet ou la question de savoir si le transfert de noyaux de cellules somatiques constitue le processus le plus efficace pour résoudre ce problème. Même s'il y a un problème de rejet immunitaire associé aux cellules souches données, il peut y avoir d'autres solutions à ce problème qui ne nécessitent pas le recours à des embryons in vitro clonés thérapeutiquement[30].

Certains scientifiques croient qu'avec les progrès de la recherche, il deviendra possible de stocker des lignées de cellules provenant d'embryons in vitro donnés ou encore du tissu fotal présentant des phénotypes du complexe majeur d'histocompatibilité bien définis[31]. Des banques de cellules souches pourraient être constituées et contenir des cellules souches de chaque type, à l'exemple du système de typage et de conservation du sang destiné à la transfusion, afin de fournir des cellules compatibles à ceux qui ont besoin d'une greffe de cellules souches. D'autres scientifiques pensent qu'il est possible de créer des lignées de cellules souches de donneurs universels en manipulant génétiquement les cellules souches de façon à réduire ou à contrer activement le rejet immunitaire[32].

---

23 The President's Council on Bioethics, "Reproduction & Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies" (Pre-Publication Version) (Washington, D.C., March 2004), pp. 127-8.

24 Canadian Broadcasting Services, "Scientists clone human embryos" (February 12, 2004). Internet : http://www.cbc.ca/dgi-bin/templates/print.cgi?2004/02/12/clone04-212.

25 *Supra*, note 23, p. 128.

26 *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

27 James J. McCartney, "Embryonic Stem Cell Research and Respect for Human Life: Philosophical and Legal Reflections" (2002) 65 Alb. L. Rev. 597, p. 3 (Lexis Nexis).

28 *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

29 *Ibid.*, pp. 2-3 (Lexis Nexis).

30 Francoise Baylis, Témoignage devant le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie, 26 février 2004.

31 Déclaration de James Thomson, 2 décembre 1998. S. Hrg 105-939. Hearings before a subcommittee of the Committee on Appropriations United States: Senate. One Hundred fifth congress. Le terme « histocompatible » signifie que les tissus de différentes personnes seraient compatibles.

32 Déclaration de John Gearhart, 2 décembre 1998. S. Hrg 105-939. Hearings before a subcommittee of the Committee on Appropriations United States: Senate. One Hundred fifth congress.

Segmentation d'embryons

Au début des années 90, deux scientifiques ont réussi à utiliser la technique de la segmentation d'embryons pour produire quelques organismes génétiquement identiques à partir de blastomères d'embryons humains in vitro non viables. L'expérience avait des visées purement scientifiques sans qu'on ait en tête d'utiliser les embryons à des fins de procréation[33].

En 1999, des scientifiques ont réussi à créer, par segmentation d'embryons, le premier primate non humain, un singe rhésus femelle appelé Tetra. Un embryon in vitro à huit cellules a été fractionné pour produire une série de quatre embryons identiques, constitués chacun de deux blastomères. Deux des blastomères ont été insérés dans des zones pellucides vides[34], créant une série de quadruplés. Une paire des quadruplés a été transférée dans deux guenons porteuses fécondes et ces deux dernières sont devenues gravides. Tetra, née après 157 jours de gestation sans incident, est issue d'un des embryons transférés[35].

Les scientifiques pourraient obtenir un certain nombre d'embryons humains in vitro à des fins de recherche en enlevant, au stade de quatre à 16 cellules, plusieurs blastomères d'un seul embryon in vitro donné[36]. Chaque blastomère serait en théorie capable de se développer en laboratoire en un embryon in vitro génétiquement identique.

Parthénogenèse

Les scientifiques pourraient créer des embryons in vitro par parthénogenèse. Le terme « parthénogenèse » est dérivé de deux mots grecs signifiant « vierge » et « formation ». Ce processus consiste à exposer un ovule humain à un choc électrique ou à une stimulation chimique qui entraîne la division cellulaire et le développement de l'embryon, malgré l'absence de fécondation[37]. En biologie moderne, la parthénogenèse renvoie à une forme de reproduction où un ovule se développe en un nouvel individu sans avoir été fécondé[38]. Cette forme de reproduction survient naturellement chez certaines espèces d'insectes, comme les abeilles et les fourmis.

Les embryons in vitro créés par parthénogenèse seraient issus d'un ovule humain non fécondé. Ces embryons ne possèdent que le matériel génétique de la femelle et risquent donc peu de se développer en un embryon in vitro susceptible de devenir un être humain.

En 2002, des chercheurs américains de la Wake Forest University School of Medicine, de la Mayo Clinic et d'Advanced Cell Technology Inc. ont annoncé qu'ils avaient produit une grande variété de cellules spécialisées, y compris des cellules du cour et du cerveau, à partir de cellules souches embryonnaires de singe prélevées chez un embryon in vitro créé par parthénogenèse. Le Dr Varna, un des chercheurs, a déclaré que [TRADUCTION] « la parthénogenèse offre une nouvelle stratégie thérapeutique importante pour toute une gamme d'affections médicales »[39].

4.4 Enjeux

Dans ce chapitre, les auteurs discutent de trois enjeux associés à la recherche scientifique. Tout d'abord, les chercheurs ont-ils un droit humain d'effectuer des recherches ou des enquêtes scientifiques? Deuxièmement, les individus ont-ils le droit de jouir des avantages et des applications du progrès scientifique? Enfin, l'objectif visé ou la méthode utilisée pour la création d'un embryon humain in vitro influent-ils sur son statut moral?

La discussion entourant chaque enjeu s'articule autour des cinq rubriques suivantes : 1) instruments internationaux et régionaux pertinents, 2) le droit dans d'autres pays, 3) le droit au Canada, 4) analyse et 5) conclusion.

---

33 Sonia Le Bris and Marie Hirtle, "Ethical and Legal Aspects of Human Cloning: Comparative Approaches" in Bartha Maria Knoppers, ed., *Socio-Ethical Issues in Human Genetics* (Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998), p. 290.

34 La « zone pellucide » est l'épaisse membrane transparente qui entoure l'ovule des mammifères avant la fécondation.

35 A.W. S. Chan et al., "Clonal Propagation of Primate Offspring by Embryo Splitting" (2000) 287 Science, p. 317.

36 *Supra*, note 33, p. 290.

37 The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002), p. 132. Internet : http://www.bioethics.gov/report/cloningreport/fullreport pring.html.

38 Sean Henahan, "Asexual Stem Cell Production" Access Excellence Science Updates (02/05/02) Internet : http://www.accessexcellence.org/WN/SU/SU102001/parthenogenesis.html, consulté le 7 avril 2004.

39 Advanced Cell Technology, "Researchers Develop Primate Stem Cells Without Creating Viable Embryos" (January 31, 2002). Internet : http/www.advanced-cell.com/2002-01-31.htm, consulté le 7 avril 2004.

4.5 Question 1 : Existe-t-il un droit humain d'entreprendre une recherche scientifique?

Pour pouvoir entreprendre une recherche en vue d'obtenir et d'étudier des cellules souches embryonnaires, les scientifiques doivent avoir accès à des embryons in vitro. Le prélèvement de cellules souches embryonnaires chez un embryon humain in vitro entraîne la destruction de ce dernier. Pour les personnes et les pays qui considèrent que l'embryon in vitro est un être humain avec des droits reconnus par la loi, son utilisation et sa destruction aux fins de la recherche ne peuvent être justifiées. D'autres personnes et pays ont des visions différentes de l'embryon in vitro. Celui-ci est souvent considéré comme l'équivalent d'autres tissus humains ou comme étant *sui generis* et, même s'il mérite le respect, comme un sujet convenable pour la recherche médicale[40].

Pour les personnes et pays de ce dernier groupe, la recherche qui fait appel aux embryons in vitro peut être acceptable aussi longtemps que certaines conditions sont respectées. Par exemple, au Royaume-Uni (R.-U.), la recherche sur les embryons in vitro est autorisée, mais seulement après l'obtention d'un permis de la Human Fertilisation and Embryology Authority (« HFE Authority ») et ne peut se faire que pendant les 14 premiers jours qui suivent la fécondation[41]. Le 14e jour a été choisi comme la limite maximale pour la recherche dans le *Warnock Report*[42] de 1985 au R.-U. vu qu'il s'agit du stade de développement qui précède immédiatement l'apparition de la ligne primitive (l'ébauche d'un système nerveux central) et le développement des trois feuillets embryonnaires[43].

Pour bien des gens, ces développements physiologiques montrent que l'embryon est maintenant un « individu unique » parce qu'il ne peut plus former des jumeaux[44]. Avant ce moment, l'embryon se scindait naturellement ou artificiellement pour produire des jumeaux identiques. Aux yeux de certains, jusqu'à ce point, l'embryon ne peut être considéré comme une « personne humaine » parce qu'il existe toujours la possibilité que l'embryon puisse former plus d'un individu de l'espèce humaine[45].

Dans l'esprit d'autres, la ligne morale de démarcation proposée, soit la limite du 14e jour, est tout à fait arbitraire. Cette limite ou « quasi-interruption » dans l'autogenèse d'un être humain en est venue cependant à être considérée comme le point de démarcation légitime dans d'autres pays, dont le Canada[46].

Dans bien des pays, les embryons in vitro surnuméraires peuvent être donnés à des fins de recherche, y compris pour l'extraction de cellules souches embryonnaires. Certains scientifiques croient toutefois qu'à moins de pouvoir cloner thérapeutiquement un embryon in vitro comme source de cellules souches appariées génétiquement au donneur, ils ne pourraient effectuer des recherches essentielles sur certains traitements à visée curative et thérapeutique.

4.5.1 Instruments régionaux et internationaux

Les droits conférés dans la DUDH[47] ont influencé le PIRDESC[48] et le PIRDCP[49]. Il est prévu à l'article 19 du PIRDCP que :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses *opinions*.

2. Toute personne a droit à la *liberté d'expression*; ce droit comprend la *liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce*, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et

---

40 Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie du statut de l'embryon.

41 Alinéa 3(3)a) de la *Human Embryology and Fertilisation Act 1990* (c.37).

42 *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (London: Her Majesty's Stationery Office, 1984) (ci-après appelé le *Warnock Report*).

43 M. Warnock, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (Oxford: Basil Blackwell, 1985).

44 John A. Balint, "Ethical Issues in Stem Cell Research" (2002) 65 Alb. L. Rev. 729, p. 2 (Lexis Nexis).

45 *Supra*, note 29, pp. 4-5 (Lexis Nexis).

46 Matthew Herder, "The UK Model: Setting the Standard for Embryonic Stem Cell Research?" (2002) 10 Health L. Rev. No. 2, 14–24, p. 1 (Lexis Nexis).

47 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, AG Rés. 217 (III) GOAR, 3e sess., supp. no 13, N.U. Doc. A/810 (1948), [ci-après DUDH].

48 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le 16 décembre 1966, 993 R.T.N.-U. 3 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976), [ci-après PIRDESC].

49 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le 19 décembre 1966, 999 R.T.N.-U. 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976), [ci-après PIRDCP].

des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a. au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b. à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'*ordre public*, de la *santé* ou de la *moralité publiques*. [soulignement ajouté]

Dans l'Observation Générale 10, le Comité des droits de l'homme (« CDH ») note que le paragraphe 2 de l'article 19 touche deux droits différents et interreliés, c.-à-d. le droit de « répandre des informations et des idées de toute espèce » mais encore la liberté de « rechercher » et de « recevoir » ces informations et ces idées « de toute espèce, sans considération de frontières » quel que soit le moyen utilisé par l'intéressé[50].

L'Observation Générale 10 souligne que dans le paragraphe 3 de l'article 19 certaines restrictions doivent être fixées à l'exercice de la liberté d'expression. Ces restrictions sont imposées par l'État, doivent être prévues par la loi et doivent répondre à l'un des objectifs énoncés au paragraphe 3, c.-à-d. de respecter les droits ou la réputation d'autrui, et de sauvegarder la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques[51].

Le paragraphe 15(3) du PIRDESC prescrit que :

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la *recherche scientifique* et aux activités créatrices. [soulignement ajouté]

Tel que noté au chapitre 1, le Canada est un État partie au PIRDCP et au PIRDESC.

La *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*[52] de l'UNESCO énonce les principes suivants aux articles 11 et 12 :

Article 11

Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de *reproduction* d'êtres humains, ne doivent pas être permises. Les États et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente Déclaration. [soulignement ajouté]

Article 12

a. Chacun doit avoir accès aux progrès de la biologie, de la génétique et de la médecine concernant le génome humain, dans le respect de sa dignité et de ses droits.

b. *La liberté de la recherche, qui est nécessaire aux progrès de la connaissance, procède de la liberté de pensée.* Les applications de la recherche, notamment celles en biologie, en génétique et en médecine, concernant le génome humain, doivent tendre à l'allégement de la souffrance et à l'amélioration de la santé de l'individu et de l'humanité tout entière. [soulignement ajouté]

L'article 11 des *Travaux préparatoires*[53] de la *Déclaration universelle* cite particulièrement le « clonage à des fins de reproduction d'êtres humains » comme un exemple d'activité contraire à la dignité humaine, mais ne fait pas allusion au clonage thérapeutique[54]. En ce qui concerne l'article 12, les *Travaux préparatoires* laissent entendre que l'alinéa *a*) réaffirme le droit de chacun à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique. Cette remarque est également présente dans les deux textes les plus importants traitant des droits de l'homme, c.-à-d.,

50 Observation Générale 10, article 19 (dix-neuvième session, 1983), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rév. 1 (1994).

51 *Ibid.*

52 *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, le 11 novembre 1997, [ci-après *Déclaration universelle*]. Internet : http://portal.unesco.org/shs/fr/ev/php@URL_ID=2228&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. La *Déclaration universelle* a été sanctionnée unanimement lors de l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 septembre 1998.

53 Comité d'experts gouvernementaux pour la mise au point d'une déclaration sur le génome humain à l'UNESCO, *Rapport final annexe I (B)* (Paris, le 25 juillet 1997) (BIO-97/CONF.201/6).

54 *Ibid.*, alinéa 42.

la DUDH et le PIRDESC[55]. Les États doivent trouver un équilibre entre le droit à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique et les droits des chercheurs à la propriété intellectuelle des résultats de recherche. De plus, les *Travaux préparatoires* démontrent que ce principe devrait être appliqué et mis en ouvre en fonction du matériel et des ressources humaines dont dispose l'État[56].

Les *Travaux préparatoires* soulignent que l'alinéa 12*b*) reconnaît la liberté de pensée comme étant « indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices », mais que ce droit doit être perçu comme étant une conséquence directe du droit de chacun à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique. En outre, les *Travaux préparatoires* renvoient à la *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques* de l'UNESCO, qui demande aux États membres de respecter « l'autonomie et la liberté de la recherche qui sont nécessaires au progrès scientifique[57] ».

La *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques*[58] de l'UNESCO a été adoptée lors de la conférence générale le 20 novembre 1974. Sous la rubrique *L'aspect civique et éthique de la recherche scientifique*, le document énonce que les États membres devraient s'efforcer de promouvoir des conditions permettant aux chercheurs scientifiques d'avoir le droit « de travailler dans un esprit de liberté intellectuelle à rechercher, expliquer – et défendre la vérité scientifique telle qu'ils la perçoivent[59] ».

Le principe 37 recommande aux États membres d'encourager les employeurs de chercheurs scientifiques à laisser ces chercheurs publier librement les résultats de leurs travaux. Les restrictions apportées aux droits des chercheurs scientifiques de publier les résultats de leurs travaux doivent être réduites le plus possible[60].

La *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[61] du Conseil de l'Europe (« Convention ») stipule que :

> Article 15 – Règle générale
>
> La *recherche scientifique* dans le domaine de la biologie et de la médecine *s'exerce* librement sous réserve des dispositions de la présente Convention et des autres dispositions juridiques qui assurent la protection de l'être humain. [soulignement ajouté]
>
> Article 18 – Recherche sur les embryons in vitro
>
> 1. Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.
>
> 2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.

Le *Rapport explicatif de la Convention*[62] laisse entendre qu'en ce qui concerne l'article 15, la liberté de la recherche scientifique ne se fonde pas uniquement sur le droit humain de savoir, mais également sur les progrès considérables que ses résultats peuvent permettre de réaliser en matière de santé et de bien-être des patients[63]. Le paragraphe 96 note, quant à lui, que cette liberté n'est pas absolue. Dans le contexte de la recherche médicale, celle-ci a pour limites les droits fondamentaux de la personne, notamment énoncés dans les dispositions de la Convention, et d'autres notions juridiques comme la dignité humaine, agissent comme moyen de contrôle de la conduite des scientifiques et de la liberté de recherche[64].

En ce qui concerne l'article 18 du *Rapport explicatif*, le paragraphe 1 souligne l'importance, pour les pays permettant la recherche sur les embryons in vitro, de prévoir une

---

55 *Ibid.*, alinéa 43.
56 *Ibid.*
57 *Ibid.*, alinéa 44.
58 *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques*, UNESCO. Internet : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13131&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION.
59 *Ibid.*
60 *Ibid.*
61 *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, (STE nº 164) Oviedo, 4.IV.1997.
62 *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et de la biomédecine*. Internet : http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/Treaties/Htm1/164.htm.
63 *Ibid.*, par. 95.
64 *Ibid.*, par. 96.

protection législative adéquate de l'embryon[65]. Bien que la *Convention* ne prenne pas position sur la recherche utilisant les embryons, le deuxième paragraphe interdit expressément la création d'embryons humains aux fins de la recherche[66].

En 1998, le Conseil de l'Europe a diffusé un changement à sa Convention, intitulé « *Protocole additionnel à la Convention portant interdiction du clonage d'êtres humains*[67] » (« *Protocole* »). L'article 1 interdit toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre humain. Le *Rapport explicatif du Protocole* propose « de distinguer trois situations : le clonage des cellules en tant que technique, l'utilisation des cellules embryonnaires dans les techniques de clonage et le clonage d'êtres humains au moyen de techniques de division embryonnaire ou de clonage thérapeutique[68] ».

Selon le *Rapport explicatif*, le *Protocole* ne vise pas à interdire le clonage des cellules et des tissus aux fins de recherche dans le but de mettre au point des applications médicales. En fait, le *Rapport explicatif* énonce que :

> [...] Le clonage en tant que technique biomédicale est un important outil du développement de la médecine, en particulier pour le développement de nouvelles thérapies. Les dispositions du présent protocole ne doivent pas être interprétées comme une interdiction de techniques de clonage en biologie cellulaire[69].

Le *Protocole* interdit clairement le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains. Plutôt que d'interdire expressément le clonage thérapeutique pour des fins de recherche, il souligne plutôt que ce processus est un outil important pour la recherche médicale. Comme il a été noté au chapitre 3, bien que le Canada ne soit pas membre du Conseil de l'Europe, il possède le statut d'observateur. Dans l'éventualité d'un litige au Canada, les tribunaux peuvent être priés de se reporter à la *Convention* et au *Protocole* pour des exemples sur la manière dont les pays d'Europe traitent de ces questions.

En 2000, l'Union européenne a adopté la *Charte des droits fondamentaux*[70] (« *Charte européenne* »). L'article 10 traite de la liberté de pensée. L'article 11 traite de la liberté d'expression, notamment le droit à la liberté d'opinion et à la liberté de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières[71]. L'article 13 prévoit que la « recherche scientifique est libre »[72]. Le préambule précise que la jouissance de ces droits protégés par la *Charte européenne* entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures[73].

4.5.1.1 Conclusion

De tous les instruments régionaux et internationaux mentionnés plus haut, le PIRDCP et le PIRDESC sont les seuls qui ont force de loi au Canada. Alors que les instruments de l'UNESCO et que la Convention européenne n'ont pas de force exécutoire ici, les tribunaux canadiens peuvent s'y référer pour faciliter l'interprétation de notre *Charte* et de nos lois nationales. Les tribunaux font couramment abstraction des distinctions de principe entre les instruments internationaux juridiquement contraignants ou non, mais semblent s'y référer de manière ponctuelle pour fins d'interprétation.

4.5.2 La législation dans d'autres pays

Les lois des États-Unis (« É.-U. ») et du Royaume-Uni (« R.-U. ») qui peuvent avoir une incidence sur les droits des chercheurs sont présentées ci-après.

---

65 *Ibid.*, par. 115.

66 *Ibid.*, par. 116.

67 *Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains* (STE nº 168) (Paris, 12.I.1998) (http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/168.htm).

68 *Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains*, « Rapport explicatif » (STE nº 168). Internet : http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta97/eopi202.htm; http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/168.htm.

69 *Ibid.*, par. 4.

70 *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne. Internet : http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/charter-preamble.html.

71 *Ibid.*, article 11.

72 *Ibid.*, article 13.

73 *Ibid.*, Préambule.

Les États-Unis

Bien que la législation fédérale n'interdise pas expressément la recherche sur des embryons in vitro, des lois interdisent le financement fédéral de certaines activités de recherche. En 1997, le président Clinton a émis une directive présidentielle interdisant le financement fédéral du clonage humain par toute agence fédérale[74]. En 1998, le président a publié un énoncé de politique administrative appuyant le changement d'un projet de loi du Sénat sur le clonage qui interdisait le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, mais qui permettait le clonage thérapeutique dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires. L'énoncé n'a cependant pas eu l'effet ni la force de la directive de 1997[75].

Le 9 août 2001, le président Bush a annoncé que le financement fédéral ne serait disponible que pour les recherches utilisant des cellules souches embryonnaires ayant été créées préalablement à cette date. Cette décision signifiait que les fonds fédéraux ne seraient pas disponibles pour créer de nouvelles lignes de cellules souches embryonnaires[76]. Cette restriction a créé des problèmes aux chercheurs américains. En date du 14 mars 2004, il y avait 78 lignes de cellules souches embryonnaires approuvées pour l'obtention d'un financement fédéral. Des préoccupations touchant la valeur limitée de ces cellules souches ont fait surface puisque ces cellules avaient été cultivées sur des cellules nourricières de souris et contaminées par celles-ci, ce qui limitait leur utilité éventuelle dans des thérapies chez les humains[77]. Si ces cellules étaient destinées à être transférées chez les humains, elles allaient devoir être traitées comme un xénogreffon[78].

Bien qu'il existe certaines restrictions quant au financement fédéral pour la recherche sur les cellules souches embryonnaires aux États-Unis, aucune législation fédérale n'interdit le clonage à des fins thérapeutiques, la technique de segmentation d'embryons ni parthénogenèse, dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires. En février 2003, la Chambre des représentants des États-Unis a adopté la *Human Cloning Prohibition Act*[79]. Cette dernière interdisait le clonage humain, tant pour des fins de reproduction que pour des fins thérapeutiques. Au même moment, le projet de loi S. 245 a été présenté au Sénat et renvoyé au Comité sénatorial de la santé, de l'éducation, du travail et des pensions[80]. Au moment d'aller sous presse, il n'était toujours pas clair si le nombre de votes au Sénat allait suffire à l'adoption de la S. 245[81].

Il existe certaines lois au niveau des États. En 1997, la Californie a adopté une loi interdisant toute forme de clonage. Depuis, le Rhode Island, la Virginie et le New Jersey ont voté une loi semblable. L'Arkansas, l'Iowa, le Michigan, la Louisiane et le Dakota du Nord ont une loi en place interdisant le clonage à des fins de reproduction et à des fins thérapeutiques[82].

En 2002, la Californie a quelque peu relâché sa position et a adopté une nouvelle loi faisant la promotion de la recherche sur les cellules souches, notamment la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique[83]. Le New Jersey lui a récemment emboîté le pas en adoptant une loi permettant le clonage thérapeutique dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires pour des fins de recherche[84]. La loi du New Jersey permet la recherche comportant l'obtention et l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines, de cellules germinales et de

---

74 *Supra*, note 10, p. 37.

75 *Ibid.*

76 Randall Chase, "Lawmakers want to ease stem cell research restrictions", U.S.A. Today (Le 8 mars 2004). Internet : http://www.usatoday.com/tech/news/techpolicy/2004/03/08-stem-cell-petition_x.htm.

77 *Ibid.*

78 NIH Human Embryonic Stem Cell Registry. Internet : http://stemcells.nih.gov/registry/index.aspOnline. Consulté en mars 2004.

79 *The Human Cloning Prohibition Act* 2003 (HR 534). Internet : http://www.humaneventsonline.com/article.php?id=2117.

80 Office of Legislative Policy and Analysis, "Legislative Updates" (Le 9 mars 2004). Il s'agit du même projet de loi renuméroté et introduit au Sénat. Internet : http://olpa.od.nih.gov/legislation/108/pendinglegislation/cloning1.asp.

81 *Ibid.*

82 National conference of State Legislatures, "State Human Cloning Laws" (Mise à jour : le 6 janvier 2004). Internet : http://www.ncls.org/programs/health/Genetics/rt-schl.htm.

83 Suzanne H. Rhodes, "The Difficulty of Regulating Reproductive and Therapeutic Cloning: Can the United States Learn Anything from the Laws of Other Countries?" (2003) 21 Penn. Leg. Int L. Rév. 341, p. 2 (Lexis Nexis).

84 Gouverneur James E. McGreevey, Communiqué, "McGreevey Signs Landmark Stem Cell Research Act" (Le 4 janvier 2004); Bionews, "New Jersey 2nd US state to promote stem cell research" (Le 12 janvier 2004). Internet : http://www.bionews.org.uk/nes.lasso?storyid=1938. Le vote sur un projet de loi semblable est prévu dans l'État de l'Illinois, alors que les États de New York et du Massachusetts étudient actuellement la possibilité d'adopter une législation semblable.

cellules souches adultes provenant de n'importe quelle source, y compris d'embryons in vitro résultant d'un clonage thérapeutique[85].

La Constitution américaine

Bien qu'aucune référence particulière ne soit faite dans la *Constitution des États-Unis* au droit à la recherche scientifique, ce droit demeure un principe très valorisé aux États-Unis. Les théories scientifiques ont toujours été protégées par l'ethos américain en raison de [TRADUCTION] « l'inviolabilité de la connaissance et la valeur de la liberté intellectuelle[86] ».

Dans la *Déclaration des droits* américaine, le droit à la liberté d'expression du premier amendement et le droit à la liberté personnelle du quatorzième amendement sont considérés par certains comme englobant le droit à la recherche scientifique protégé par la Constitution[87]. La Cour suprême des États-Unis n'a pas encore eu l'occasion de déterminer si ces droits comprennent un droit à la recherche et si tel est le cas, quelle serait la portée de ce droit. Le premier amendement prévoit :

> [TRADUCTION]
>
> Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre[88].

La section pertinente du quatorzième amendement prévoit :

> [TRADUCTION]
>
> Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction[89].

Jurisprudence

Dans *Branzburg c. Hayes*[90] (« *Branzburg* »), la Cour suprême des États-Unis a étendu la protection du premier amendement à la collecte d'information comme étape préalable à l'expression[91]. La Cour a ajouté que le rôle informatif de la presse est également joué par les conférenciers, les sondeurs politiques, les romanciers, les chercheurs universitaires et les dramaturges[92].

Dans *Buckley c. Valeo*[93] (« *Buckley* »), la Cour suprême des États-Unis a interprété largement la liberté d'expression du premier amendement afin d'englober et de protéger le fait de contribuer financièrement à un discours politique, notamment le don d'argent à un candidat particulier, puisque cette démarche englobe symboliquement une expression d'appui[94]. Dans *Meyer c. Nebraska*[95], la Cour a maintenu que le droit à la liberté du quatorzième amendement englobait la liberté d' [TRADUCTION] « acquérir des connaissances utiles… généralement dans le but de profiter de ces privilèges depuis longtemps reconnus par la common law comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres[96] ».

Résumé

La jurisprudence relative à la Déclaration américaine des droits, bien que ne traitant pas particulièrement du droit à la recherche scientifique, semble indiquer que la liberté d'expression englobe les droits à l'information ou à la communication (*Branzburg, supra*) et les activités physiques associées à l'expression (*Buckley, supra*).

---

85 *Ibid.*

86 Working Group on Reproductive Technologies, "Symposium on Cloning: Cloning Position Paper of the IIT Institute for Science, Law and Technology" (Hiver, 1998) 8 S. Cal. Interdis. R.J. 87, p. 2 (Lexis Nexis).

87 *Ibid.*, p. 2 (Lexis Nexis); Lori B. Andrews, "Is there a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning" (Été 1998) 11 Harv. J. Droit et techno. 643, p. 9 (Lexis Nexis).

88 *Constitution des États-Unis, Déclaration des droits*, premier amendement. Internet : http://www.law.cornell/edu/constitution/constitution.billofrights.html. Version française : http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787a.htm

89 *Ibid.* (quatorzième amendement).

90 *Branzburg c. Hayes et al.*, 408 U.S. 665; 92 S. Ct. 2646; 33 L. Tir. lim. 626 (Cour suprême des États-Unis).

91 *Ibid.*, p. 681-2.

92 *Ibid.*, p. 705.

93 *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) (Cour suprême des États-Unis).

94 *Ibid.*, p. 1218.

95 *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) (Cour suprême des États-Unis).

96 *Ibid.*, p. 399.

Le Royaume-Uni

En 2000, le *Rapport Donaldson*[97] a été déposé au Parlement. Il contenait les résultats de recherches d'un groupe d'experts qui avait reçu du gouvernement le mandat d'examiner et d'évaluer les avantages et les risques anticipés de la recherche ainsi que les nouveaux domaines possibles de recherche sur les embryons humains, et de conseiller le gouvernement quant au bien-fondé de permettre ou non de telles recherches[98].

La première recommandation du *Rapport Donaldson* proposait l'autorisation de la recherche faisant appel à des embryons in vitro, surnuméraires, créés par clonage thérapeutique ou par fécondation, qui serait assujettie aux contrôles prévus dans la *Human Fertilization Embryology Act*[99]. Le *Rapport Donaldson* faisait valoir que le clonage thérapeutique d'embryons à des fins de recherche suscite des préoccupations d'ordre éthique chez de nombreuses personnes au Royaume-Uni. Le groupe d'experts a affirmé que les avantages possibles de la recherche à l'aide d'embryons clonés visant à extraire des cellules souches pour traiter un certain nombre de troubles dégénératifs l'emportent sur les préoccupations d'ordre éthique. D'autant plus que toutes les recherches seraient soumises à certaines conditions, à des contrôles serrés ainsi qu'à la surveillance de la HFE Authority.

En 2001, la Chambre des communes a adopté les règlements d'exécution de la *HFE Act* permettant le clonage thérapeutique des embryons in vitro dans le but d'extraire des cellules souches à des fins de recherche. Ce vote controversé avait été retardé jusqu'à ce qu'une Haute Cour rende une décision à propos de la contestation des règlements par la ProLife Alliance[100].

La ProLife Alliance avait demandé un contrôle judiciaire de la réglementation de la HFE, particulièrement en ce qui a trait à la définition d'embryon conformément à la *HFE Act* qui ne devrait pas inclure les embryons clonés puisqu'ils ne sont pas créés par reproduction. Si tel était le cas, la HFE Authority ne pourrait pas délivrer de permis autorisant le clonage thérapeutique et le prélèvement de cellules souches aux fins de la recherche. La Haute Cour s'est rendue à l'argumentation de la ProLife Alliance[101].

Le gouvernement a interjeté appel et la Cour d'appel a renversé le jugement de la Haute Cour, en statuant une intention du législateur d'inclure les embryons clonés dans la définition. En 2003, la HFE Authority a délivré son premier permis à l'Institut Roslin, permettant la dérivation de cellules souches à partir d'embryons humains in vitro[102].

4.5.3 Le droit au Canada

Au Canada, aucune législation ne donne aux chercheurs le droit à l'information ou à la recherche. Les documents d'orientation mentionnent les principes éthiques que les chercheurs doivent suivre dans le but d'obtenir un financement fédéral, mais aucune disposition dans les documents n'évoque un droit à la recherche.

Rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction

Dans son rapport de 1993, intitulé *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (« Rapport final »), la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction avait inclus une analyse de la recherche sur les embryons humains. (Le terme « zygotes » est utilisé par la Commission[103].) On y fait brièvement référence aux cellules souches embryonnaires sous la rubrique « Orientations futures de la recherche sur l'embryon[104] ». La Commission royale ajoute que l'étude des cellules souches embryonnaires pourrait accroître nos connaissances sur la division cellulaire, ce qui pourrait aider les chercheurs à comprendre certaines maladies, comme le cancer[105]. Le peu d'attention

---

97 Ministère de la Santé du R.-U., *Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility* (Londres : ministère de la Santé, 2000). [ci-après nommé *Rapport Donaldson*].

98 *Ibid.*, p. 5.

99 *Ibid.*, p. 45.

100 D^r^ Kirsty Horsey, "IVF after 25 years: A history of regulation", *Bionews* (Le 11 juillet 2003). Internet : http://www.bionews.org.uk/home.lasso.

101 *Ibid.*

102 Juliet Tizzard, "Confusion over cloning", *Bionews* (Le 10 juin 2003). Internet : http://www.bionews.org.uk/home.lasso.

103 Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction* (Ottawa : ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993), p. 683. Voir chapitres 2 et 3 pour les détails des discussions du rapport final de la Commission royale.

104 *Ibid.*, p. 696.

105 *Ibid.*

portée aux cellules souches embryonnaires est probablement dû au fait qu'elles ont été prélevées avec succès chez des embryons in vitro et cultivées en 1998, bien après la rédaction du Rapport final[106].

Cependant, le Rapport final propose plusieurs recommandations générales en ce qui concerne la recherche à l'aide d'embryons in vitro. Par exemple, la Commission royale a recommandé que la recherche portant sur les embryons soit limitée aux 14 premiers jours de développement et qu'un embryon in vitro ne soit pas utilisé pour fins de recherche si le fournisseur de gamètes n'a pas d'abord donné son autorisation[107]. En ce qui concerne le clonage, le rapport final fait état au chapitre 22 des préoccupations soulevées lors des consultations publiques qui portaient sur le risque que les techniques de clonage soient utilisées dans l'avenir pour créer des humains[108].

Énoncé de politique des trois Conseils

En 1998, les trois Conseils subventionnaires du Canada[109] ont publié leur énoncé de politique, l'*Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*[110] (« EPTC »). L'EPTC énonce les principes éthiques auxquels les chercheurs et les établissements de recherche doivent se conformer afin de recevoir un financement du gouvernement.

Dans l'EPTC, la clé de voûte de la recherche avec les êtres humains est le respect de la dignité humaine, qui constitue le fondement des obligations éthiques dans la recherche[111]. La section 9 présente les normes et les critères que les chercheurs doivent respecter lorsqu'ils effectuent des recherches sur les embryons humains. Par exemple, la règle 9.4 précise qu'il est inacceptable de créer des embryons humains uniquement à des fins de recherche. La règle 9.4a) énonce que la recherche effectuée sur les embryons in vitro créés à des fins de reproduction est acceptable sur le plan éthique tant et aussi longtemps que les personnes qui ont fourni les gamètes pour créer les embryons, ont donné leur consentement libre et éclairé et sans qu'il n'y ait eu de transactions commerciales ni d'échange de services[112]. La règle 9.5 précise qu'il est inacceptable d'entreprendre toute recherche entraînant le clonage d'êtres humains, y compris le clonage thérapeutique[113].

Les Instituts de recherche en santé du Canada

Les Instituts de recherche en santé du Canada (« IRSC »), organisme fédéral responsable du financement de la recherche en santé, a rendu publiques des lignes directrices pour la recherche sur les cellules souches intitulées *La recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines au Canada : Lignes directrices pour la recherche financée par l'IRSC*[114] (« Lignes directrices »). Ces lignes directrices sont entrées en vigueur le 4 mars 2002. Elles énoncent les conditions selon lesquelles l'IRSC financera la recherche sur les cellules souches, en plus des types de recherche qui ne seront pas admissibles au financement[115].

L'article 1 des lignes directrices précise que l'EPTC s'applique à toute recherche ou institution qui reçoit un financement de l'IRSC[116]. L'article 4 précise qu'un Comité national d'évaluation de la recherche sur les cellules souches devrait être établi pour qu'il puisse procéder à l'évaluation éthique de tous les projets de recherche touchant les cellules souches. Pour être admissibles à un financement, les propositions de recherche sur les cellules souches devront être approuvées par ce Comité[117]. L'article 5 énonce que l'IRSC devrait établir un registre national des cellules souches constitué de toutes les lignées

---

[106] Thomson JA, J. Itskovitz-Eldor, SS Shapiro, MA Waknitz, JJ Swiergiel, VS Marshall et JM Jones, "Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human Blastocysts", Sciences 1998 ; 282 : 1445-1147.

[107] *Supra*, note 103 (recommandations 183 et 186).

[108] *Ibid.*, p. 608.

[109] Les trois Conseils de financement sont le Conseil de recherches médicales du Canada, le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. En 2000, les Instituts de recherche en santé du Canada ont remplacé le Conseil de recherches médicales.

[110] *L'énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998) (Mises à jour 2000, 2002). Internet : http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/policystatement/policystatement.cfm.

[111] *Ibid.*, p. i.5.

[112] *Ibid.*, règle 9.2.

[113] *Ibid.*, règle 9.3.

[114] Instituts de recherche en santé du Canada, *Recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines : Recommandations pour les recherches subventionnées par IRSC* (en vigueur à partir du 4 mars 2002). Internet : http://www.cihr-irsc.gc.ca/f/1487.html Ces lignes directrices n'ont pas force de loi et ne résultent pas de l'« établissement de règles », mais elles s'appliquent à toutes les recherches sur les cellules souches pluripotentes humaines financées par l'IRSC, et de ce fait touchent toutes les recherches avancées au Canada.

[115] *Ibid.*, p. 2.

[116] *Ibid.*

[117] *Ibid.*, p. 3.

de cellules souches embryonnaires humaines obtenues à l'aide de fonds de recherche provenant de l'IRSC[118].

L'article 7.1 offre une liste des activités de recherche qui sont admissibles au financement de l'IRSC. Les recherches menées dans le but d'isoler et d'étudier des lignées de cellules souches embryonnaires seront admissibles au financement, sous réserve que les embryons utilisés aient été créés à l'origine à des fins de reproduction, qu'ils soient devenus surnuméraires et qu'ils aient été donnés pour fins de recherche[119].

L'article 7.4 contient une liste des activités de recherche qui ne seront pas financées. Les recherches visant la création d'un embryon in vitro uniquement dans le but d'isoler les cellules souches et les recherches portant sur le clonage thérapeutique ne seront pas admissibles au financement[120].

Il est important de noter que ni l'EPTC ni les lignes directrices ne s'appliquent aux recherches financées par le secteur privé au Canada. Seules les recherches financées par le gouvernement doivent se conformer à ces principes.

La *Loi sur la procréation assistée*

Certains articles de la *Loi sur la procréation assistée*[121] (la « Loi ») sont entrés en vigueur le 22 avril 2004, dont la majorité des interdictions, y compris l'interdiction du clonage in vitro d'embryons et de la conception in vitro d'embryons à des fins de recherche (alinéas 5(1)*a*) et *b*) de la Loi). Toute enfreinte à ces interdictions pourrait entraîner des sanctions pénales établies en vertu de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les alinéas 5(1)*a*) et *b*) de la Loi déclarent :

> 5. (1) Nul ne peut, sciemment :
>
> a. créer un clone humain par quelque technique que ce soit, ou le transplanter dans un être humain, une autre forme de vie ou un dispositif artificiel;
>
> b. créer un embryon in vitro à des fins autres que la création d'un être humain ou que l'apprentissage ou l'amélioration des techniques de procréation assistée.

L'article 60 de la Loi déclare:

> 60. Quiconque contrevient à l'un ou l'autre des articles 5 à 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :
>
> a. par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 $ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines;
>
> b. par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 $ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.

L'alinéa 5(1)*b*) prévoit une exception très spécifique à l'interdiction de la conception in vitro d'embryons à des fins de recherche. Il permet la conception in vitro d'embryons dans le cadre de recherches visant à améliorer les techniques de procréation assistée (« PA ») afin de mieux préserver la santé et la sécurité des patientes et des embryons.

La Loi permet la recherche sur les embryons in vitro surnuméraires, incluant la dérivation de cellules souches embryonnaires. Les chercheurs devront recevoir l'autorisation préalable de la future Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« l'Agence »), qui devra être convaincue de la nécessité de l'usage d'embryons in vitro humains pour le projet de recherche proposé (art. 40(2) de la Loi).

La Loi interdit le clonage à des fins thérapeutiques ou la segmentation d'embryons, mais elle est muette au sujet de la recherche sur les cellules souches provenant de ces embryons. Ce type de recherche déborde le champ

---

[118] *Ibid.*
[119] *Ibid.*, p. 4.
[120] *Ibid.*, p. 8.
[121] *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3e session, 37e législature, 52-53 Elizabeth II, 2004 (adoptée le 12 mars 2004, certains articles proclamés en vigueur le 22 avril 2004). Internet : http://www.parl.gc.ca.

d'application de la Loi qui porte principalement sur la procréation assistée.

Tel que mentionné plus tôt, les lignes directrices des IRSC soulignent que seule la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro surnuméraires aura droit au financement du gouvernement fédéral. Il convient cependant de noter que les lignes directrices des IRSC n'ont pas force de loi. Elles suggèrent plutôt des critères que les chercheurs devront respecter pour recevoir des fonds du gouvernement. Les recherches financées principalement par le privé n'ont pas à se plier à ces lignes directrices.

La *Charte canadienne des droits et libertés*

La *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») garantit la liberté d'expression. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* déclare :

> 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> b. liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Les droits et libertés prévus par la *Charte* ne sont pas absolus. L'État peut les restreindre, à condition que la justification de ces restrictions puisse être démontrée dans une société libre et démocratique. L'article 1 de la *Charte* déclare :

> 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Jurisprudence

Voici un aperçu de quelques précédents majeurs portant sur la liberté d'expression telle qu'énoncée à l'alinéa 2*b*) de la Charte. Ces précédents seraient pertinents si l'on demandait aux tribunaux de trancher la question de la portée de la Charte en matière de droit à la recherche.

Dans *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)* (« *Irwin Toy* »)[122], on a entre autres demandé à la Cour suprême du Canada de décider si l'interdiction de la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans énoncée par la loi du Québec constituait une enfreinte à l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. La majorité de la Cour a soutenu que, bien que la loi limite en effet la liberté d'expression, cette limitation est justifiée par le gouvernement en vertu de l'article 1 de la *Charte*[123].

Dans cette décision, la majorité de la Cour fait le commentaire suivant concernant la liberté d'expression :

> « L'expression » possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. *L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification*. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [...] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cour ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est [...] « fondamentale » parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. [...] pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était « tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu » [...] Et comme la Cour européenne l'affirmait [...] la liberté d'expression [...] vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »[124]. [Soulignement ajouté]

---

[122] *Irwin Toy c. Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
[123] *Ibid.*, pp. 979 et 1000.
[124] *Ibid.*, pp. 968-969

La majorité a aussi indiqué que la liberté d'expression doit toujours recevoir une interprétation large et libérale[125]. Toute activité transmettant ou tentant de transmettre un message de façon non violente relève du champ des activités protégées par la *Charte*[126].

Dans *R. c. Butler* (« *Butler* »)[127], l'intimé était accusé de plusieurs chefs liés à la possession de matériel obscène en vue de la distribution ou de la vente en vertu du *Code criminel*. On a demandé à la Cour suprême du Canada de déterminer si certaines représentations écrites et vidéo d'activités sexuelles mises en vente et en location au commerce de M. Butler étaient considérées « obscènes » selon la définition du *Code criminel*. M. Butler a allégué que la disposition du *Code criminel* brimait sa liberté d'expression garantie par la *Charte*[128].

Le juge de première instance a conclu que le matériel obscène bénéficiait de la garantie de protection de la liberté d'expression prévue par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. Le juge a condamné Butler pour certains chefs d'accusation et l'a acquitté pour d'autres. La Couronne a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel a accueilli cet appel et déclaré Butler coupable relativement à tous les chefs d'accusation. La Cour a conclu en majorité que le matériel en question sortait du champ de protection de la *Charte* puisqu'il dépeignait une activité « purement physique » et comportait une exploitation et une dégradation indues de la sexualité humaine[129]. Butler a fait appel de cette décision. La Cour suprême a soutenu que la Cour d'appel avait erré en concluant que le matériel en question sortait du champ de protection de l'alinéa 2*b*) de la *Charte* parce qu'il dépeignait une activité purement physique. La Cour suprême a déclaré que bien que le sujet du matériel en question soit physique, « cela ne signifie pas que ce matériel ne transmet ni ne tente de transmettre aucune signification de manière à être dénué de contenu expressif »[130]. La Cour a fait référence au cas *Irwin Toy*, *supra*, où on avance comme exemple que l'acte purement physique de stationner une voiture pourrait communiquer un message. Dans ce cas, la Cour conclut que l'acte de garer une voiture pourrait être une forme de protestation contre une méthode injuste de répartition des places de stationnement et alors transmettre un message[131]. En accueillant l'appel de Butler, la Cour suprême a noté qu'une activité ne peut pas être exclue du champ de protection de la liberté en raison de son contenu ou du message transmis[132]. La Cour a aussi déclaré que « le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2*b*), si offensant qu'il puisse être »[133].

Dans *R. c. Keegstra* (« *Keegstra* »)[134], la Cour suprême du Canada a dû décider si la disposition du *Code criminel* interdisant la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables allait à l'encontre de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. L'intimé, un professeur au secondaire, enseignait à ses élèves que les juifs « avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie » et qu'ils étaient « sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais ». Ses étudiants devaient reproduire ces opinions dans leurs travaux et leurs examens s'ils ne voulaient pas que leurs notes en souffrent[135].

La Cour suprême a en majorité admis que la disposition du *Code criminel* brimait la liberté d'expression. La majorité a déclaré que « le mot "expression" à l'al. 2*b*) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard au sens ou au message particulier que l'on cherche à transmettre »[136]. Elle a soutenu que puisque la disposition législative interdit certaines communications qui transmettent un message, en l'occurrence des communications faites pour promouvoir la haine contre les juifs, elle portait atteinte au droit de Keegstra à la liberté d'expression garanti par la *Charte*[137]. Cependant, puisque cette atteinte a été justifiée par le gouvernement en vertu de l'article 1 de la *Charte*, on a déclaré constitutionnelle la disposition du *Code criminel*[138].

---

[125] *Ibid.*, p. 970.
[126] *Ibid.*, p. 931.
[127] *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.
[128] *Ibid.*, p. 453.
[129] *Ibid.*, pp. 486-7.
[130] *Ibid.*, p. 487.
[131] *Ibid.*
[132] *Ibid.*, p. 488.
[133] *Ibid.*
[134] *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.
[135] *Ibid.*, p. 714.
[136] *Ibid.*, p. 729.
[137] *Ibid.*, p. 730.
[138] *Ibid.*, p. 786.

La juge McLachlin, telle qu'elle était connue à l'époque, a rédigé l'opinion minoritaire dans *Keegstra*. Elle y fait remarquer que la liberté d'expression est au cour de notre système de droits et libertés. « Sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État[139] ». La juge McLachlin confirme l'importance de la liberté d'expression pour le marché des idées. Le fait que la vérité ne l'emporte pas toujours « ne détruit pas la justesse essentielle [...] de la valeur du marché des idées »[140].

Lors de l'examen de la jurisprudence, elle remarque qu'il est nécessaire de tenir compte des avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans *les sciences*, l'art, l'industrie et dans d'autres domaines lorsque vient le temps de déterminer la portée de la liberté d'expression. La juge McLachlin note que des instruments internationaux tels le PIDESC et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* prévoient de façon explicite une panoplie de limitations à la liberté d'expression, contrairement à la *Charte* qui procure une garantie plus complète[141].

Préconisant une interprétation libérale de l'alinéa 2*b*), la juge McLachlin souligne que si l'État limitait la liberté d'expression :

> [...] les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cour des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression[142].

Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)* (« *Little Sisters* »)[143], une librairie gaie et lesbienne accusée d'importation de matériel érotique des États-Unis en infraction à la *Loi sur les douanes* a allégué que la Loi brimait sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2*b*) et son droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la *Charte*. La majorité de la Cour suprême en est venue à la conclusion que la disposition législative en question allait à l'encontre de l'alinéa 2*b*), et a noté que :

> [...] la liberté d'expression est au cour de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression[144].

Finalement, dans *R. c. Sharpe* (« *Sharpe* »)[145], la Cour suprême a dû déterminer si la possession de matériel expressif prohibé par le *Code criminel*, en l'occurrence de la pornographie juvénile, relevait du champ des activités protégées par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. La majorité de la Cour a déclaré que la possession même de pornographie juvénile relevait du droit à la liberté d'expression et, dans ce cas, la Cour a soutenu que le gouvernement n'avait pas justifié de façon satisfaisante, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, l'atteinte de ce droit par la disposition du *Code criminel*.

Dans la décision de la majorité, la juge en chef McLachlin observe que les valeurs protégées par la garantie de la liberté d'expression comprennent la créativité artistique, l'éducation, la *recherche médicale* et d'autres fins publiques[146]. Elle déclare :

> Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. *Le droit à la liberté*

---

139 *Ibid.*, pp. 802-3.
140 *Ibid.*, p. 803.
141 *Ibid.*, p. 807.
142 *Ibid.*, p. 860.
143 *Little Sisters Book Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.
144 *Ibid.*, par. 144.
145 *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45. L'opinion majoritaire dans *Sharpe* a été rédigée par la juge en chef McLachlin. Son interprétation libérale de la liberté d'expression est évidente dans l'opinion minoritaire pour *Keegstra*, *supra*, et dans son raisonnement pour la majorité dans *Sharpe*.
146 *Ibid.*, par. 60.

> *d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent.* Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas.
>
> [...]
>
> La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement [...] peut parfois limiter certaines formes d'expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société [...] ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société [...] peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances. [...] toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l'objet d'un examen très attentif[147]. [Soulignement ajouté]

La juge en chef explique que l'alinéa 2*b*) s'applique à tout un continuum de libertés intellectuelles et expressives incluant la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression »[148]. Elle note aussi que le droit à la possession de matériel expressif est :

> [...] intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression [...] [S]ans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression serait compromise[149].

4.5.4 Doctrine et autres commentaires

La question du clonage et de la recherche sur les cellules souches embryonnaires a engendré beaucoup d'écrits et de commentaires savants au niveau national et international. En 2001, le Comité international de bioéthique (« CIB ») de l'UNESCO a publié son rapport final intitulé *L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique* (« Rapport de l'UNESCO »)[150]. Le rapport de l'UNESCO décrit les aspects scientifiques et les applications thérapeutiques potentielles de la recherche sur les cellules souches embryonnaires ainsi que les positions religieuses, éthiques et philosophiques qui y sont associées[151].

Toujours dans ce rapport, il est mentionné que puisque le débat suscite tant de vives émotions et de profondes convictions, il est très difficile pour l'État d'en arriver à un consensus[152]. Le CIB suggère à chaque État d'amorcer le dialogue sur ces questions avec leurs citoyens pour connaître la position officielle à adopter. Si un État décide de permettre ces activités de recherche, il devra s'assurer qu'elles seront effectuées dans un cadre réglementaire parrainé par l'État qui fournit des lignes directrices adéquates et s'assure de la prise en considération des questions d'éthique. L'État devra aussi encourager la recherche sur d'autres sources de cellules souches, tels les cellules souches adultes et le clonage thérapeutique[153]. Le rapport de l'UNESCO conclut finalement que la recherche sur les embryons humains devrait respecter les principes énoncés dans la DUDH et la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*[154].

Barbara Billingsley, une universitaire canadienne, a examiné l'interdiction possible du clonage thérapeutique comme source de cellules souches embryonnaires dans le contexte de la liberté d'expression. Billingsley se demande si une interdiction fédérale du clonage thérapeutique constituerait une atteinte injustifiable au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*[155]. Billingsley note que la Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion de déterminer si les recherches scientifiques et médicales devraient être considérées comme une forme d'« expression » au sens

---

147 *Ibid.*, par. 21-22.
148 *Ibid.*, par. 25.
149 *Ibid.*
150 Comité international de bioéthique, UNESCO, « *L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique* » (BIO-7/00/GT-1/2 (Rev. 3) Paris (6 avril 2001).
151 *Ibid.*, pp. 1-8.
152 *Ibid.*, p. 9.
153 *Ibid.*, pp. 12-13.
154 *Ibid.*, p. 14.
155 Barbara Billingsley, "A Constitutional Analysis of the Proposed Ban on Non-Reproductive Human Cloning: An Unjustified Violation of Freedom of Expression?" (2002) 11 Health L. Rev. No. 1 pp. 32-39 (QL).

de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*[156]. Cependant, elle observe que la Cour a généralement défini le terme « expression » pour inclure [TRADUCTION] « toute activité non violente qui transmet ou tente de transmettre un message »[157].

Selon Billingsley, la Cour a jusqu'à présent adopté une approche libérale du droit décrit à l'alinéa 2*b*) qui ne vise pas le contenu. La Cour suprême considère ce droit digne de la protection constitutionnelle puisqu'il permet la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions sociales et politiques et la poursuite de l'épanouissement et de l'enrichissement personnel. Tant qu'une activité liée à l'un de ces objectifs est expressive, elle relève du champ des activités protégées par l'alinéa 2*b*), même si sa valeur morale est très faible comme dans le cas de la propagande haineuse ou de la pornographie juvénile[158].

Billingsley se demande si les tribunaux considéreraient le clonage thérapeutique comme une forme d'expression, autrement dit s'il s'agit d'une activité ayant pour but de transmettre un message. Ni la Cour suprême du Canada ni la Cour suprême des États-Unis n'ont déterminé si les recherches médicales sont une forme d'expression.

On pourrait avancer que l'acte physique de cloner un embryon ne communique rien. Selon Billingsley, cependant, cet acte pourrait être considéré comme expressif puisqu'on l'entreprend essentiellement en réponse à une question ou à une hypothèse. L'expérience physique est effectuée pour répondre à une question ou vérifier une hypothèse [TRADUCTION] « dans le but de communiquer au chercheur un message »[159]. Cet objectif rejoint les intentions implicites de l'alinéa 2*b*), soit la poursuite de la vérité, de l'épanouissement et de l'avancement social[160].

Billingsley suggère que l'expérimentation même pourrait être considérée comme porteuse d'un message. Le chercheur, en entreprenant des recherches, communique aux autres qu'il croit que le clonage thérapeutique ou que la recherche sur les cellules souches pourraient mener à la découverte d'un traitement curatif pour certaines maladies[161]. De plus, elle affirme qu'on pourrait considérer l'acte physique nécessaire au clonage thérapeutique comme inséparable des actes expressifs que sont la rédaction de rapports et la diffusion des résultats de recherches. Il est évident qu'on ne peut obtenir de résultats sans avoir préalablement effectué la recherche.

Billingsley remarque que la Cour suprême a souligné de façon particulière le fait que les activités violentes ne sont pas protégées en vertu de l'alinéa 2*b*). Elle demande si les tribunaux considéreraient la dérivation de cellules souches d'un embryon humain cloné comme une activité violente puisqu'elle requiert la destruction intentionnelle d'un embryon in vitro[162]. Dans *Keegstra, supra*, la Cour suprême a déclaré qu'aux fins de l'alinéa 2*b*), la violence est « l'expression manifestée directement par un préjudice corporel »[163]. La réponse dépend donc si les tribunaux considèrent la destruction d'un embryon in vitro comme un acte de violence, voire un meurtre[164].

Les Américains ont formulé un grand nombre de commentaires sur la possibilité qu'une interdiction législative du clonage humain porte atteinte au droit à la liberté d'expression des chercheurs garanti par le premier amendement et/ou leur droit à la liberté personnelle garanti par le quatorzième amendement. Certains spécialistes soutiennent que la Constitution ne s'applique pas aux recherches scientifiques, notamment à la dérivation de cellules souches, d'autres croient que les tribunaux en viendraient à la conclusion que la recherche scientifique est une forme d'expression protégée par le premier amendement.

Avant de faire l'examen de ces commentaires sur la liberté d'expression aux États-Unis, il importe de mettre en relief une distinction appréciable entre la *Charte* et la Constitution américaine. L'article 1 de la *Charte* offre à l'État la possibilité de justifier une atteinte à un droit comme étant une limitation raisonnable dans une société libre et démocratique. Par exemple, l'article 1 de la *Charte* a permis à l'État, dans *Keegstra, supra*, de justifier la restriction de la propagande haineuse énoncée dans le *Code criminel*. La Constitution des États-Unis n'a pas de

---

[156] *Ibid.* p. 3 (QL).
[157] *Ibid.* (QL).
[158] *Ibid.* (QL).
[159] *Ibid.*, p. 5 (QL).
[160] *Ibid.* (QL).
[161] *Ibid.* (QL).
[162] *Ibid.*, pp. 5-6 (QL).
[163] *Ibid.*, p. 6 (QL).
[164] *Ibid.*, p. 7 (QL).

telle mesure de contrepoids, il est donc plus difficile pour l'État de justifier une restriction de la liberté d'expression.

John Robertson, professeur de droit et auteur de nombreuses publications savantes, a écrit ce que certains considèrent l'article essentiel sur la question[165]. Il y effectue une analyse approfondie et détaillée de l'application ou non du premier et/ou du quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis au droit à la recherche.

Robertson commence par faire valoir que la recherche scientifique comporte deux dimensions distinctes. La première dimension est liée au choix du sujet de la recherche, soit les connaissances particulières que le chercheur désire développer. L'autre est liée aux *méthodes* de recherche, soit les moyens ou techniques employés pour obtenir les données ou conclusions qui aideront à prouver ou à réfuter une hypothèse et, de ce fait, à accroître les connaissances[166].

La liberté de recherche fait intervenir un certain nombre de droits et libertés, telles la liberté de pensée, la liberté de communiquer des pensées, des idées, des explications et des conclusions et la liberté de produire et de recueillir de l'information conformément à la méthode scientifique, notamment la liberté d'expérimentation, soit la manipulation ou l'arrangement d'agents et de substances humains ou non humains dans le but d'obtenir des données essentielles au développement de nouvelles connaissances[167]. Robertson remarque que le droit à la recherche est un droit négatif d'être à l'abri de l'ingérence de l'État lors du choix de sujets ou de méthodes de recherche. La liberté de choisir les méthodes de recherche englobe la liberté d'expérimentation. Le gouvernement, quant à lui, a l'obligation négative de ne pas intervenir, plutôt que l'obligation positive de financer ou de faciliter la recherche[168].

Le droit d'expérimentation des chercheurs ne serait pas absolu. Selon Robertson, les chercheurs seraient libres d'employer toute méthode de recherche scientifiquement rigoureuse ne posant pas de danger direct et substantiel pour les intérêts valables d'autrui. Il ajoute que la plupart des chercheurs conviendraient que le droit à la recherche scientifique englobe le droit de choisir les méthodes de recherche, à condition que le préjudice externe soit faible et que la propriété ou les intérêts personnels du matériel manipulé soient respectés[169].

Robertson soutient qu'on ne restreint généralement le choix du sujet de la recherche que lorsqu'on juge qu'elle pourrait mener à la découverte d'information qu'il serait préférable de ne pas connaître ou d'applications qui pourraient avoir des conséquences fâcheuses. Ces restrictions prennent souvent la forme de lois et de systèmes de délivrance de permis. Selon lui, elles portent clairement atteinte au droit à la recherche scientifique, et l'État se doit d'offrir de solides justifications pour les valider.

Le second type de restrictions limite les moyens pouvant être employés pour atteindre les objectifs de la recherche. Dans ce cas, les chercheurs peuvent étudier le sujet de leur choix, mais les méthodes qu'ils peuvent choisir sont limitées. Généralement, ces restrictions existent pour protéger les intérêts qui pourraient être menacés par la méthode scientifique pour recueillir les données essentielles. Ce type de restriction constitue une menace moins sérieuse pour le droit à la recherche, particulièrement dans les cas où une autre méthode de recherche est permise par l'État[170].

Robertson tente de déterminer s'il existe vraiment un droit constitutionnel à la recherche. Il remarque que même si les tribunaux reconnaissaient que ce droit est protégé par la Constitution, ils devraient se plier aux intérêts publics supérieurs, comme c'est le cas pour les droits des journalistes, des intervenants, des parents ou femmes enceintes, lorsque l'exercice de leurs droits impose des coûts assez lourds à d'autres[171]. Il énumère un nombre de sources constitutionnelles qui supportent le droit à la recherche, par exemple le droit à la liberté personnelle et à la vie privée en vertu du quatorzième amendement, le droit de libre association, et le droit à la liberté d'expression en vertu du premier amendement. Les tribunaux américains ont récemment conclu que le droit à la liberté d'expression englobe le droit de recevoir ou d'acquérir des informations et des idées provenant de

---

165 John A. Robertson, "The Scientist's Right to Research: A Constitutional Analysis" (1978) 51 S. Cal. L. Rev. 1203.
166 *Ibid.*, p. 1204.
167 *Ibid.*, p. 1205.
168 *Ibid.*, p. 1206.
169 *Ibid.*, p. 1207.
170 *Ibid.*, pp. 1207-8.
171 *Ibid.*, p. 1209.

sources consentantes et le droit à la collecte de nouvelles. Robertson note que les tribunaux ont reconnu dans ces deux doctrines émergentes la protection des stades préalables essentiels à l'expression, comme l'acquisition d'informations et la collecte de nouvelles, et que cette protection constitutionnelle pourrait logiquement s'étendre à la recherche portant sur du matériel ou des sources consentantes[172].

Son analyse du droit à la liberté d'expression est particulièrement intéressante. Les commentaires et la jurisprudence en ce qui concerne le droit constitutionnel à la liberté d'expression aux États-Unis pourraient être une source d'inspiration pour les tribunaux canadiens qui doivent interpréter le droit à la liberté d'expression décrit par la *Charte*. Robertson observe que, selon la Cour suprême des États-Unis, le but fondamental du premier amendement est d'assurer toutes les possibilités variées d'expression pour transmettre un message donné. [TRADUCTION] « L'accès à toutes les possibilités d'expression sert les fins des individus et de la société – l'intérêt des individus pour l'information nécessaire à la prise de décisions sur les plans social et politique »[173].

Selon Robertson, le savoir et les informations scientifiques bénéficient clairement de la protection du premier amendement. Cette opinion est fondée en partie sur le fait que la science fournit des informations utiles pour la prise d'une foule de décisions, à l'échelle individuelle jusqu'à l'échelle nationale. Par exemple, les informations scientifiques peuvent guider le consommateur lors de l'achat de certains produits et elles orientent sans aucun doute l'élaboration de politiques par les gouvernements[174].

Robertson avance deux principaux arguments pour l'inclusion du droit à la recherche dans le cadre du droit d'expression. Premièrement, il affirme que la plupart des activités associées à la recherche scientifique, tels le discours oral et écrit et la publication, ont traditionnellement bénéficié de la protection du premier amendement[175].

Il déclare deuxièmement que les aspects de la recherche impliquant des formes non traditionnelles d'expression, comme l'expérimentation, seraient aussi protégés. Puisque la recherche comporte la production d'informations ou de connaissances destinées au public et qu'elle est une étape essentielle à la diffusion du savoir et des idées, elle devrait aussi bénéficier de la protection constitutionnelle. Sans la recherche, le libre échange d'informations et de connaissances scientifiques n'est pas possible. Si la recherche n'était pas protégée, le gouvernement pourrait facilement restreindre la diffusion d'informations et d'idées en limitant la recherche. Il remarque :

> [TRADUCTION]
>
> ... il va de soi que même les premières étapes de la publication sont protégées. Autrement, le gouvernement pourrait contrôler l'accès aux idées en établissant des contrôles au point où l'information est initialement créée ou obtenue[176].

Robertson conclut que les activités de recherche ayant pour objectif le développement et la diffusion du savoir doivent être protégées dans le cadre de la liberté d'expression[177]. Il n'explore pas en détails les types de restrictions gouvernementales du droit à la recherche qui pourraient résister à une contestation constitutionnelle. Il laisse par contre entendre qu'en vertu du premier amendement, les restrictions gouvernementales pourraient être justifiées si la recherche menaçait la santé ou la sécurité publique, ou si elle enfreignait les droits de personnes non consentantes[178].

Roger Taylor, un autre Américain, estime aussi que la recherche pourrait bénéficier de la protection découlant des garanties accordées au « marché des idées » par le premier amendement[179]. Selon lui, d'après la jurisprudence du premier amendement, les tribunaux considéreraient probablement l'expérimentation sur les embryons comme une conduite possédant des éléments de « l'expression » et de la « non-expression ». L'expérimentation implique la transcription et la diffusion de résultats, les deux étant des éléments de l'expression[180].

---

172 *Ibid.*, pp. 1212, 1214, 1215, et 1219.
173 *Ibid.*, p. 1215; *Saxbe c. Washington Post Co.*, 417 U.S. 50, 76 (1976).
174 *Ibid.*, p. 1216.
175 *Ibid.*, p. 1217.
176 *Ibid.*
177 *Ibid.*, p. 1218.
178 *Ibid.*, p. 1279.
179 Roger H. Taylor, "The Fear of Drawing the Line at Cloning" (2003) 9 B.U. J. SCI. & TECH. L. 379 (Lexis Nexis).
180 *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis).

Taylor suppose qu'il serait difficile pour l'État de définir une interdiction assez étroite du clonage thérapeutique pour résister à une contestation constitutionnelle, parce que l'État démontre probablement moins d'intérêt envers la protection des embryons in vitro lorsque ceux-ci n'ont aucun potentiel de vie humaine. Selon lui, les embryons in vitro clonés à des fins thérapeutiques ne représentent la vie que dans un sens purement symbolique[181]. Dolly, la brebis clonée, est le résultat de plusieurs échecs du clonage à des fins de reproduction. Taylor en vient à la conclusion que le clonage in vitro d'un embryon humain viable à des fins de reproduction poserait des difficultés similaires.

Taylor conclut que puisque les embryons clonés in vitro à des fins thérapeutiques [TRADUCTION] « ont un potentiel de vie si minuscule, voire théorique ou symbolique, leur importance aux yeux du gouvernement pourrait être insuffisante pour justifier une interdiction du clonage thérapeutique »[182]. Par contre, toute disposition gouvernementale raisonnable qui n'interdirait pas complètement la recherche pourrait probablement survivre à un examen de sa validité constitutionnelle puisqu'elle représenterait les intérêts du gouvernement en matière de normes et d'éthique médicales[183].

Un autre commentateur américain, Cass Sunstein, examine la question du point de vue du patient et affirme que puisque la Constitution ne reconnaît pas le droit de choisir un traitement médical, il n'existe aucun droit fondamental de pratiquer le clonage thérapeutique[184]. Son examen de ce droit théorique est limité à la garantie constitutionnelle de la vie privée et de la liberté, plutôt qu'au droit constitutionnel à la liberté d'expression.

Sunstein indique que l'argument à l'appui d'un présumé droit constitutionnel au clonage thérapeutique serait extrêmement faible. Parallèlement, il suppose que les justifications invoquées par le gouvernement pour brimer la liberté de choix seraient aussi très minces[185]. La question centrale est de savoir si l'on peut présumer l'existence d'un droit constitutionnel de choisir des traitements médicaux. Les médecins, chercheurs et patients pourraient avancer que ce droit constitutionnel fait partie du droit à la vie privée. L'État ne peut pas intervenir dans le choix personnel d'un traitement médical crucial pour le bien-être d'un individu. Le problème avec ces arguments, c'est qu'aucune décision de la Cour suprême n'évoque l'existence d'un tel droit.

Sunstein cite la décision récente de la Cour suprême des États-Unis en faveur de l'interdiction du suicide assisté par un médecin et il pense que puisqu'un patient n'a pas le droit de choisir la mort, il est logique qu'il n'ait aussi pas le droit de choisir un traitement particulier pouvant l'aider à vivre[186]. La meilleure justification de l'État pour une interdiction complète du clonage thérapeutique est qu'elle sert à renforcer l'interdiction du clonage à des fins de reproduction[187]. Sunstein n'a cependant pas analysé le clonage thérapeutique du point de vue du chercheur scientifique et du droit à la liberté d'expression garanti par le premier amendement.

Lori Andrews, professeure de droit, examine la question du point de vue du chercheur scientifique[188]. Elle remarque que si cette interdiction entrait en vigueur, elle pourrait faire l'objet d'une contestation constitutionnelle du fait qu'elle porte indûment atteinte au droit à la recherche scientifique. La recherche scientifique est quasi sacrée aux États-Unis. Andrews note que les auteurs de la Constitution des États-Unis ont démontré à la fin du 18e siècle leur souci de la promotion de la recherche scientifique en accordant l'autorité pour l'établissement d'un système de brevets. Selon elle, si le premier amendement protège le « marché des idées », il devrait aussi protéger la production des informations diffusées dans ce marché[189].

Andrews note cependant que même si le clonage thérapeutique était protégé par la Constitution des États-Unis, il serait probablement permis à l'État d'imposer certaines limites. Elle suppose qu'on pourrait faire la distinction entre le droit à la poursuite du savoir et le droit de choisir les méthodes de recherche scientifique. Ce dernier pourrait

---

181 *Ibid.*, p. 5 (Lexis Nexis).
182 *Ibid.* (Lexis Nexis).
183 *Ibid.* (Lexis Nexis).
184 Cass R. Sunstein, "Conceiving a Code for Creation: The Legal Debate Surrounding Human Cloning: Is There a Constitutional Right to Clone?" (2002) 53 Hastings L.J. 987, p. 10 (Lexis Nexis).
185 *Ibid.*, p. 2 (Lexis Nexis).
186 *Ibid.*, p. 10 (Lexis Nexis).
187 *Ibid.*, p. 12 (Lexis Nexis).
188 Lori B. Andrews, "Is There a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning" (1998) 11 Harv. J. Law & Tec. 643 (Lexis Nexis).
189 *Ibid.*, p. 9 (Lexis Nexis).

légitimement être réglementé dans une certaine mesure, par exemple si les méthodes choisies par le chercheur mettaient en danger les intérêts légitimes du gouvernement, telles la santé et la sécurité[190].

Dans son article paru dans le *Southern Methodist University Law Review*, Kimberly Jackson examine les implications constitutionnelles des lois fédérales sur le clonage[191]. Selon elle, l'interdiction complète du clonage humain suscite des questions constitutionnelles concernant la liberté d'expression et de pensée. Les États-Unis ont-ils l'autorité constitutionnelle d'interdire un domaine complet de recherche scientifique? Selon elle, la liberté de faire de la recherche scientifique pourrait être incluse dans la garantie de liberté d'expression du premier amendement[192]. Dans *Griswold c. Connecticut*[193] (« *Griswold* »), la Cour suprême des États-Unis a soutenu que la garantie de la liberté d'expression accordée par le premier amendement inclut [TRADUCTION] « [...] le droit de lire et la liberté de la recherche, la liberté de pensée et d'enseignement »[194].

Jackson affirme que la recherche et l'expérimentation scientifiques font partie du processus de communication et devrait donc bénéficier de la garantie de la liberté d'expression. Elle croit que le « discours scientifique » serait solidement protégé selon l'interprétation constitutionnelle traditionnelle de la liberté d'expression et que cette protection s'étendrait aussi à la publication de résultats de recherche et à l'échange d'idées. L'acte physique de la recherche pose par contre un problème. Si l'on considère la recherche comme une action et non comme une forme de communication, elle ne serait pas protégée par le premier amendement selon l'interprétation traditionnelle. On pourrait par contre avancer l'argument que les actes physiques de la recherche sont [TRADUCTION] « des jalons sur la route qui mène à la communication » et qu'ils devraient donc bénéficier de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression[195].

Matthew Hsu examine cette version des activités de recherche dans « Banning Human Cloning: An Acceptable Limit on Scientific Inquiry or an Unconstitutional Restriction of Symbolic Speech? »[196]. Il affirme qu'une lecture littérale du premier amendement donne à penser qu'il ne protégerait que le discours et non les actes. Cependant, la Cour suprême des États-Unis a [TRADUCTION] « depuis longtemps reconnu » que cette protection s'étend au-delà des communications verbales et écrites[197].

Il note que dans *Spence c. Washington*[198], la Cour suprême a conclu que [TRADUCTION] « lorsqu'un acte est suffisamment imprégné des éléments de la communication », il doit bénéficier de la même protection que le discours en vertu du premier amendement[199]. En fait, l'acte ainsi protégé est considéré comme une « conduite expressive » ou « discours symbolique »[200]. Hsu remarque que les tribunaux ne protègent pas toutes les conduites, seules celles faites dans le but de transmettre un « message particulier » qui serait fort probablement compris par ses destinataires[201].

Hsu affirme que pour que le clonage d'êtres humains bénéficie de la protection du premier amendement, les activités qui y sont liées doivent contenir suffisamment d'éléments du discours pour les élever au niveau du discours symbolique. La conduite doit exprimer une idée, et puisque le premier amendement protège les idées scientifiques, la capacité d'effectuer des recherches scientifiques doit aussi être protégée. On pourrait avancer l'argument que l'intention de la recherche est de vérifier des théories scientifiques. Cette activité est nécessaire pour prouver ou réfuter une affirmation présentée comme une théorie écrite. Dans le domaine de la recherche scientifique, l'expérimentation est la conduite nécessaire à l'expression d'idées. Les chercheurs expérimentent pour exprimer leurs idées, pour prouver ou réfuter une théorie

---

190 *Ibid.*, p. 10 (Lexis Nexis).

191 Kimberly M. Jackson, "Well Hello Dolly! The Advent of Cloning Legislation and Its Constitutional Implications" (1999) 52 SMU L. Rev. 283 (Lexis Nexis).

192 *Ibid.*, p. 5 (Lexis Nexis).

193 *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (Cour suprême des États-Unis).

194 *Supra*, note 191, p. 6 (Lexis Nexis).

195 *Ibid.* (Lexis Nexis).

196 Matthew B. Hsu, "Banning Human Cloning: An Acceptable Limit on Scientific Inquiry or an Unconstitutional Restriction of Symbolic Speech?" (1999) 87 Geo. L.J. 2399 (Lexis Nexis).

197 *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis).

198 *Spence c. Washington*, 418 U.S. 405 (1974) (Cour suprême des États-Unis).

199 *Ibid.*, p. 409; *supra*, note 193, p. 4.

200 *Barnes c. Glen Theatre*, 501 U.S. 560, 567 (1991) (Cour suprême des États-Unis); *supra*, note 196, p. 4 (Lexis Nexis).

201 *United States c. O'Brien*, 391 U.S. 367 à 376 (1968) (Cour suprême des États-Unis); *supra*, note 196, p. 5 (Lexis Nexis).

scientifique particulière. Hsu conclut que puisque le clonage sert à vérifier une hypothèse, il devrait être considéré comme un discours symbolique et être protégé en vertu du premier amendement[202].

Roy Spence et Jennifer Weizierl proposent une approche différente de la question de la recherche scientifique et de la liberté d'expression[203]. Ils passent en revue quelques critiques de la proposition que la recherche scientifique est un discours protégé. Ils font référence, par exemple, au professeur G. Francione qui rejette la notion que la recherche scientifique est une forme d'expression ou une conduite expressive selon le modèle du « marché des idées »[204].

Francione affirme que le fait que l'expérimentation facilite le processus scientifique n'en fait pas une conduite expressive. Il ne trouve rien d'inhérent à l'acte physique d'expérimenter qui pourrait justifier qu'on le considère comme une expression ou une conduite expressive. Il note que la Cour suprême des États-unis, dans *Clark c. Community for Creative Non-Violence*[205], a laissé entendre que [TRADUCTION] « la conduite purement facilitatrice ne sera pas protégée par le premier amendement »[206]. Si une expérience n'a aucun aspect communicatif, le fait qu'elle facilite le discours scientifique n'en fait pas une conduite expressive digne d'être protégée par le premier amendement[207].

Spece et Weizierl soutiennent que l'expérimentation scientifique est protégée puisqu'elle constitue un élément central et unique d'un processus privilégié. Ce processus comporte plusieurs aspects directement expressifs, en plus de conduites pouvant être considérées comme expressives puisqu'elles font partie intégrante de la recherche de la vérité[208]. Les auteurs notent toutefois que les conduites scientifiques néfastes ne seraient pas protégées par le premier amendement. Selon eux, toute expérience scientifique ou médicale qui violerait les droits d'une personne ne recevrait pas de protection constitutionnelle *prima facie*[209].

Les auteurs concèdent que certains aspects particuliers de la recherche scientifique pourraient ne pas être considérés en eux-mêmes comme expressifs. Cependant, lorsqu'on les prend en compte en conjonction avec les parties de la recherche scientifique qui sont explicitement expressives, il est logique que dans les deux cas, une protection devrait être assurée par la Constitution. Ils citent l'exemple du mélange de cellules dans une boîte de Pétri qui, isolément, ne serait pas considéré comme une forme d'expression, mais il s'agirait quand même d'une conduite expressive protégée puisque l'action est essentielle à la poursuite scientifique du savoir, qui est au cour de la méthode scientifique[210].

Un autre exemple cité par les auteurs est la relation de facilitation entre les concepts d'« association » et de « discours politique ». Le discours politique est très valorisé aux États-Unis, mais il serait vide de sens sans la capacité d'atteindre un large public. Les tribunaux ont généralement protégé les conduites qui facilitent le discours politique, tels l'association et le financement politique d'un candidat (*Buckley, supra*)[211].

Le discours scientifique est aussi très valorisé et est profondément ancré dans la tradition américaine. Il est reconnu que la pensée et l'expérimentation facilitent le discours scientifique[212]. Les auteurs soulignent que les tribunaux ont conclu que la pensée et l'activité mentale en général bénéficient de la protection du premier amendement[213]. Ils affirment que l'activité mentale et l'expérimentation sont en synergie puisqu'elles se stimulent et se complètent l'une l'autre. Selon eux, les tribunaux devraient protéger l'expérimentation qu'on ne peut séparer de l'activité mentale et de la découverte scientifique[214].

---

202 *Supra*, note 196, p. 6 (Lexis Nexis).
203 Roy G. Spece et Jennifer Weinzierl, "First Amendment Protection of Experimentation: A Critical Review and Tentative Synthesis/Reconstruction of the Literature" (1998) 8 S. Cal. Interdis. L.J. 185 (Lexis Nexis).
204 Gary L. Francione, "Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment" (1987) 136 U. Pa. L. Rev. 417.
205 *Clark c. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984) (Cour suprême des États-Unis).
206 *Supra*, note 203, p. 206.
207 *Ibid.*, p. 207.
208 *Ibid.*, p. 214.
209 *Ibid.*
210 *Ibid.*, p. 215.
211 *Ibid.*, p. 216.
212 *Ibid.*, p. 217.
213 *Ibid.*, p. 219. Les auteurs citent dans leur analyse: *Stanley c. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), *United States c. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971), et *Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
214 *Ibid.*, pp. 218-9.

4.5.5 Analyse

La quête scientifique n'a *pas* toujours été valorisée par la société. Galilée (né en 1564) a perfectionné le premier télescope et entrepris de prouver ses diverses théories scientifiques. Vers 1590, il a publié *De Motu*, une série de textes sur la théorie des corps en mouvement, qui préconisait un concept révolutionnaire : l'expérimentation comme moyen de vérifier des théories.

Les écrits de Galilée n'ont pas été appréciés par tout le monde. En 1633, l'Église, menacée par certaines de ses théories, l'a condamné pour hérésie pour avoir publié et défendu ses croyances concernant l'orbite de la terre autour du soleil. Depuis, plusieurs des théories de Galilée ont été prouvées par d'autres chercheurs, et ses écrits sont aujourd'hui très estimés[215].

Les auteurs de la Constitution canadienne et de la Constitution des États-Unis ont inclus, dans les constitutions mêmes ou dans des documents les accompagnant, des dispositions reliées au brevetage. Cet acte illustre bien l'importance que la société commençait alors à accorder à la science et à l'expérimentation. Un des objectifs principaux du brevetage est d'encourager la recherche scientifique et l'invention par l'octroi d'un monopole à l'inventeur lui permettant d'exploiter son invention à son avantage.

On reconnaît maintenant à la recherche scientifique le mérite de la découverte de remèdes et de traitements pour une foule de maladies potentiellement mortelles, tels le diabète, la polio et la variole. Sans la liberté de recherche et d'expérimentation, les chercheurs et les médecins n'auraient pas pu découvrir ces traitements. Cependant, le droit à la recherche scientifique et médicale ne devrait pas être absolu.

Les droits et libertés accordés par la Charte n'ont pas une portée absolue, ils doivent être conciliés avec d'autres intérêts sociaux. L'État peut, et doit parfois, restreindre certains droits et libertés pour protéger la société en général. Dans le cas de la recherche sur des sujets humains, par exemple, l'État pourrait restreindre les droits d'un chercheur si la recherche risque de nuire à la santé et à la sécurité publiques.

Est-ce que l'État pourrait interdire la recherche?

Tel que mentionné plus tôt, plusieurs instruments nationaux et internationaux reconnaissent l'importance de la liberté d'expression. Le paragraphe 19(2) du PIRDCP évoque la portée étendue de la liberté d'expression. Cette dernière inclut les communications verbales, écrites et publiées. L'article fait valoir aussi que la liberté d'expression englobe le droit à la quête active d'informations et d'idées. On pourrait avancer que l'existence de ce droit humain international implique qu'on protège aussi la découverte et la diffusion de nouvelles connaissances, informations et idées, activités caractéristiques de la recherche scientifique. Cependant, selon le paragraphe 19(3), la liberté d'expression n'est pas absolue. L'État peut justifier la limitation des activités reliées à la liberté d'expression si elles posent un danger à la santé ou à la moralité publiques.

L'article 15 du PIDESC semble plus explicite, obligeant les États parties à accorder aux chercheurs la liberté de recherche et reconnaissant le lien entre la liberté scientifique et la recherche. La Déclaration universelle met aussi l'accent sur l'importance de la liberté de recherche, mais elle impose quand même quelques limites.

Les instruments internationaux et régionaux mentionnés notent tous que le droit à la recherche scientifique et médicale n'est pas absolu[216]. Les recherches doivent être entreprises dans le respect des droits des participants. Il est nécessaire par exemple d'obtenir leur consentement préalable libre et éclairé. La recherche doit aussi être conforme aux principes d'éthique reconnus, tel le respect de la dignité humaine.

On peut en venir à la conclusion que l'État a l'autorité d'interdire la recherche scientifique. Si l'État interdit la recherche, les chercheurs pourraient se référer à la *Charte* pour en appeler de la décision. Ils pourraient soumettre à l'intention des tribunaux certaines dispositions énoncées par des instruments internationaux et régionaux en matière de droits de la personne pour préconiser une

---

[215] J.J. O'Connor et E.F. Robertson, "Galileo Galilei". Sur Internet : http://www-gap.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Galileo.html

[216] Pour un exemple, voir l'article 15 de la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* du Conseil de l'Europe.

interprétation de la liberté d'expression qui englobe la recherche scientifique.

Un chercheur pourrait-il déclarer que l'État, en interdisant la recherche scientifique, porte atteinte à sa liberté d'expression garantie par la Charte?

La Cour suprême du Canada a donné à la liberté d'expression une interprétation libérale et étendue en vertu de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. Dans *Irwin Toy, supra*, la Cour a noté que son approche libérale de la liberté d'expression inclurait toute activité transmettant ou tentant de transmettre un message, à la condition qu'elle soit non violente.

Dans *Sharpe, supra*, la juge en chef McLachlin décrit les droits garantis par l'alinéa 2*b*) comme un continuum qui va de la pensée à l'expression. La possession de matériel expressif a été déclarée une activité physique protégée puisqu'elle est intégralement liée aux droits dans le continuum. Finalement, pour reprendre les mots de la juge en chef, toute tentative de la part du gouvernement de restreindre le droit à la liberté d'expression fera « l'objet d'un examen très attentif » par la Cour[217]. La jurisprudence sert à illustrer l'interprétation généralement libérale que la Cour accorde à cette liberté et l'importance qu'elle a aux yeux de la justice.

La liberté de la presse et des autres moyens de communication est protégée de façon explicite par l'alinéa 2*b*). Il est très probable que la recherche scientifique, lorsqu'elle prend la forme de publications, de vidéos, de conférences, de dialogues ou toute autre forme de communication, serait protégée de façon similaire par les tribunaux canadiens en vertu de l'alinéa 2*b*). On pourrait avancer le très bon argument que la publication de résultats de recherches scientifiques est admissible à la protection en tant qu'« autre moyen de communication ». Toute restriction gouvernementale de la publication de résultats de recherches mettrait sans doute en cause le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Il est possible, bien que peu probable, que l'État puisse réussir à justifier l'interdiction de la publication de résultats de recherches dans des circonstances exceptionnelles, mais l'objectif législatif de l'État devrait être urgent et important.

Occasionnellement, les tribunaux ont cité la recherche scientifique comme un exemple de valeurs bénéficiant de la protection de la liberté d'expression.

Est-ce que l'alinéa 2*b*) protège la partie de la recherche qui est surtout physique, par exemple l'expérimentation elle-même?

Aux États-Unis, les tribunaux ont déclaré que la liberté de la presse protège le droit des journalistes, et peut-être même du public, de recueillir des nouvelles et de l'information provenant de sources consentantes[218]. Cela semble être une interprétation logique de la portée de la liberté, puisque si l'acte physique de recueillir des nouvelles n'était pas protégé et qu'il serait possible pour l'État de le restreindre, la liberté de la presse serait sans aucun doute limitée. Si l'on applique la même logique à la recherche scientifique, le droit d'expérimentation doit bénéficier de la protection de la liberté d'expression, sinon le droit de publication et de diffusion des résultats de recherches et du savoir scientifique pourrait être restreint de façon similaire par l'État.

Il est suggéré dans certains instruments régionaux et internationaux que les éléments physiques de la recherche scientifique, telles l'expérimentation et les recherches, devraient aussi être protégés au nom de la liberté d'expression. Par exemple, dans les *Travaux préparatoires* de la Déclaration universelle, on note que la recherche scientifique comporte une composante physique essentielle[219].

La Cour suprême a jugé que la « conduite » est aussi protégée par l'alinéa 2*b*) de la *Charte* pourvu qu'elle transmette ou tente de transmettre un message de façon non violente. Au dire de Peter W. Hogg :

> [TRADUCTION]
>
> Existe-t-il des activités n'étant pas considérées expressives selon la définition de la Cour? La réponse est très peu, puisque « la plupart des activités humaines sont une combinaison d'éléments expressifs et

---

[217] *Supra*, note 145, par. 21-22.

[218] *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 655 (1972); *Pell c. Procunier*, 417 U.S. 817, 834 (1974); *Saxbe c. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843, 862-64 (1974).

[219] *Supra*, note 53.

> physiques »; on exclut les activités « purement physiques ne transmettant ou ne tentant de transmettre aucun message[220].

Même si les tribunaux trouvent offensant le message transmis par certaines activités de recherche, celles-ci sont tout de même protégées. La protection accordée par l'alinéa 2*b*) ne tient pas compte du contenu : la conduite est protégée pourvu qu'elle soit expressive et non violente.

La réalisation d'une expérience peut être perçue comme l'expression ou la tentative d'exprimer une opinion ou la conviction qu'une expérience donnée produira un certain effet. De plus, l'expérience elle-même peut être perçue comme une activité expressive puisqu'elle répond au questionnement ou à l'hypothèse du chercheur.

On a suggéré que l'aspect physique de la recherche scientifique, c.-à-d. l'expérience physique, pouvait également être perçu comme un élément fondamental de la communication. Sans l'activité physique nécessaire pour mener à bien l'expérience, on ne peut obtenir aucun résultat de recherche et les questions scientifiques demeurent sans réponse fiable. Si l'aspect physique de la recherche scientifique était interdit par l'État, on pourrait prétendre que ce dernier interdit par le fait même toute pensée, recherche et expression scientifiques.

La juge McLachlin, maintenant juge en chef, a préconisé une interprétation libérale de l'alinéa 2*b*) en soulignant que si la liberté d'expression est restreinte par l'État « les scientifiques pourraient hésiter à *entreprendre des recherches* [...] et *à publier les résultats de telles recherches* »[221] [soulignement ajouté]. Cette déclaration laisse entendre que les tribunaux pourraient conclure que les deux activités sont protégées en vertu de l'alinéa 2*b*), c.-à-d. l'aspect physique de la recherche et la publication des résultats de la recherche.

Dans l'arrêt *Sharpe*, précité, la juge en chef McLachlin a déclaré que le droit de posséder physiquement du matériel expressif est essentiel et intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression. De même, on pourrait soutenir avec beaucoup de pertinence que le droit de réaliser des expériences est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression scientifiques.

Les tribunaux pourraient considérer certains types de recherches qui utilisent des embryons humains, par exemple la dérivation de cellules souches embryonnaires, comme étant une activité violente puisqu'ils entraînent la destruction de l'embryon. Toutefois, il est peu probable que cela soit le cas puisqu'en vertu de la *Loi sur la procréation assistée*, les embryons in vitro utilisés dans le cadre de recherches doivent être détruits avant le quatorzième jour de leur développement. En outre, les personnes ou les couples qui ont un trop grand nombre d'embryons in vitro entreposés peuvent légalement décider, pour en disposer, de les laisser mourir plutôt que de les donner à d'autres personnes qui pourraient les utiliser à des fins de reproduction ou de recherche. Aussi, suivant la common law, un embryon in vitro n'est pas considéré comme une personne et, par conséquent, ne jouit d'aucun droit, tel que le droit à la vie.

Par ailleurs, on pourrait soutenir que la partie expérimentale d'une recherche scientifique est une activité purement physique ne comportant aucun élément propre à une activité d'expression. La liberté d'exprimer des hypothèses ou des théories scientifiques pour un chercheur pourrait être protégée en vertu de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, mais la partie expérimentale de la recherche ne serait pas protégée et pourrait, par conséquent, faire l'objet de restrictions illimitées de la part de l'État. Cet argument n'est cependant pas très convaincant compte tenu des commentaires émis par la Cour suprême à propos de la recherche, quoique dans un *obiter dictum*[222], et de l'interprétation large de la Cour concernant les droits protégés par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. Si l'on permettait une telle distinction, cela équivaudrait à autoriser l'État à restreindre indirectement le droit des chercheurs de publier leurs résultats et leurs connaissances scientifiques en restreignant directement leur capacité de réaliser la composante physique nécessaire de la recherche scientifique, à savoir l'expérience.

Si les tribunaux concluent que l'expérimentation est une activité de communication ou une activité expressive,

---

[220] Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Loose-leaf Ed.) (Scarborough: Carswell Thomson Publishing, 1997), p. 40.5(a).

[221] *Supra*, note 134, p. 860.

[222] Locution latine signifiant « dit en passant » [...] qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre [...] ne tend pas à justifier la décision qui la contient (G. Cornu, Vocabulaire juridique, 2000).

protégée par la *Charte*, on pourrait alors prétendre que la recherche se rapporte à deux des trois objectifs de l'expression décrits par la Cour. La recherche répond aux besoins d'épanouissement personnel des chercheurs et les aide à chercher et à atteindre la vérité à l'égard d'une hypothèse ou d'une interrogation scientifique.

Contrairement à la jurisprudence américaine portant sur la liberté d'expression, la *Charte* prévoit, en vertu de l'article 1, la possibilité explicite pour l'État de justifier toute limitation à la liberté d'expression. Si la justification de l'État répond au critère judiciaire prévu à l'article 1, alors la restriction sera jugée valide sur le plan constitutionnel.

Interdiction de l'État concernant la recherche utilisant des cellules souches embryonnaires

Comme nous l'avons déjà mentionné, les autorités américaines interdisent le financement fédéral de la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro créés par *clonage*. Toutefois, les fonds fédéraux peuvent être utilisés dans le cadre de recherches utilisant des cellules souches provenant d'embryons in vitro surnuméraires. Pour les chercheurs qui souhaitent obtenir un financement fédéral au Canada, l'IRSC impose des restrictions semblables pour ce qui est de l'utilisation de cellules souches embryonnaires. Par contre, contrairement aux États-Unis, les restrictions au Canada n'ont pas force de loi. Aux États-Unis comme au Canada, des recherches subventionnées par le secteur privé peuvent être effectuées en utilisant des cellules souches provenant d'embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique.

L'analyse qui suit part du principe que le Canada a adopté une loi interdisant la recherche sur les cellules souches embryonnaires. En raison d'une telle restriction, les chercheurs canadiens n'ont pas accès à un secteur de recherche qui pourrait se traduire par la découverte de thérapies et de traitements médicaux pour les maladies débilitantes ou qui mettent en danger la vie du patient.

Les chercheurs pourraient contester cette interdiction en invoquant qu'elle limite injustement leur droit à la liberté d'expression visé à l'alinéa 2*b*) de la *Charte* et est donc, par ce fait même, inconstitutionnelle. On pourrait avancer que la notion de liberté d'expression est large et englobe non seulement le choix du sujet de recherche pour le chercheur, mais également les activités physiques entreprises pour réaliser la recherche.

La Cour suprême a conclu qu'une activité ne sera protégée en vertu de l'alinéa 2*b*) que si elle transmet ou tente de transmettre un message. Quel serait le message transmis ou que tenterait de transmettre un chercheur en faisant des recherches sur les cellules souches embryonnaires?

Les chercheurs devront identifier le message précis que l'expérience physique voulait transmettre aux scientifiques. S'ils arrivent à articuler un message, l'activité physique de la recherche, soit l'expérience, pourrait être considérée comme une « expression » qui mériterait d'être protégée par la *Charte*. Les tribunaux pourraient être d'avis que l'interdiction imposée par l'État relativement à la recherche sur les cellules souches embryonnaires empêche effectivement les chercheurs de partager certaines informations scientifiques à leurs collègues. L'État empêche le milieu de la recherche de contribuer au marché des idées en y apportant des idées et connaissances scientifiques. En outre, la recherche physique peut être perçue comme un droit lié intégralement au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression et, par conséquent, qui doit être protégée par la *Charte*.

L'État pourrait justifier sa restriction à l'égard de la recherche sur les cellules souches embryonnaires pour des raisons de protection de la moralité publique. La dérivation des cellules souches embryonnaires se traduit par la destruction des embryons in vitro. L'État vise à protéger l'embryon in vitro puisqu'il abrite une vie humaine en puissance. Permettre de telles recherches entraînerait la destruction des embryons in vitro et porterait atteinte dans une certaine mesure au respect de la société envers le caractère sacré de la vie humaine. Les chercheurs créeraient des vies humaines potentielles, représentées par des embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique, qui seraient utilisées uniquement comme source de matériel de recherche.

4.5.6 Conclusion

La Cour suprême a adopté une interprétation très libérale de la liberté d'expression visée à l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. De plus, la Cour suprême considère que *la* liberté

d'expression est la liberté clé à la base de la démocratie. C'est pourquoi les tribunaux porteront une attention très approfondie aux restrictions de l'État à l'égard de cette liberté lorsque celles-ci seront contestées.

Toutefois, la Cour suprême ne considère pas que cette liberté fondamentale est absolue. Comme l'illustre la jurisprudence, l'État peut réussir à justifier les limitations qu'il impose relativement à la liberté d'expression afin de concilier des intérêts sociaux opposés.

Si l'on conclut que la recherche utilisant des cellules souches embryonnaires est une forme d'expression protégée par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, il incomberait alors à l'État de soutenir avec succès, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, que l'interdiction constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

4.6 Question 2 : Le droit de bénéficier des progrès scientifiques

Dans l'hypothèse où la recherche sur les cellules souches embryonnaires mettrait en cause la liberté d'expression d'un chercheur au sens de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, l'interdiction en question viserait-elle également d'autres droits? Si de telles recherches étaient interdites par l'État, les personnes qui espèrent bénéficier des thérapies et traitements médicaux résultant de ces recherches pourraient-elles prétendre que leurs droits sont également touchés? Pouvoir bénéficier des progrès scientifiques constitue-t-il un droit de la personne?

4.6.1 Instruments internationaux et régionaux

En ce qui concerne les instruments internationaux portant sur les droits de la personne, l'alinéa 15(1)*b*) du PIDESC prévoit ce qui suit :

> 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
>
> a. de participer à la vie culturelle;
>
> b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
>
> c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Il existe très peu de doctrine ou de commentaires sur la portée des droits ou des obligations de l'État qui découlent de l'alinéa 15(1)*b*). En outre, on ne mentionne aucunement ce droit dans la jurisprudence canadienne[223].

Certains auteurs laissent entendre que les droits visés aux alinéas *b*) et *c*) doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre. Le droit prévu par l'alinéa *b*) n'est pas illimité : il doit être pondéré par rapport aux droits de l'inventeur ou de l'auteur prévus à l'alinéa *c*). On pourrait soutenir devant les tribunaux canadiens qu'une personne a le droit de bénéficier de la technologie sans ingérence de l'État et on pourrait s'appuyer sur l'alinéa mentionné ci-dessus pour guider l'interprétation par les tribunaux de la *Charte* et de l'interdiction législative. En raison de l'absence de commentaires et de jurisprudence à l'échelle internationale, on ne peut prédire avec certitude comment les tribunaux canadiens interpréteraient ces dispositions.

4.6.2 Le droit dans d'autres pays

Aucune loi aux États-Unis, en Allemagne ou au Royaume-Uni ne donne effet aux droits prévus à l'article 15 du PIDESC.

4.6.3 Doctrine

Il y a très peu de commentaires sur le sens qu'il faut donner au droit international de bénéficier des avantages du progrès scientifique énoncé dans le PIDESC.

Cook et ses collaborateurs estiment que ce droit répond à l'objectif d'autres droits de la personne, comme le droit de fonder une famille et le droit de bénéficier des normes les plus élevées en matière de santé[224]. Les

---

[223] Voir chapitre 2, p. 19.

[224] Rebecca Cook, Bernard Dickens et Mahmoud F. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law* (Oxford : Oxford University Press, 2003), p. 359.

auteurs soutiennent que ce droit inclut la santé mentale et physique, ainsi que le bien-être[225].

Les auteurs notent que le droit à la santé est considéré plutôt comme étant un droit négatif que positif, c'est-à-dire que même si une personne a le droit d'accéder gratuitement à des traitements médicaux, l'État n'a pas l'obligation positive de financer publiquement de tels services[226].

4.6.4 Le droit au Canada

Aucune loi canadienne ne donne effet à ce principe et à ce droit international. Il n'y a pas non plus dans la *Charte* de droit garanti de bénéficier du progrès scientifique.

L'article 7 de la *Charte* garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il énonce :

> 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Les tribunaux ont déterminé que le droit à la « liberté » garanti par l'article 7 de la *Charte* comportait deux aspects. Le premier vise à protéger le droit de la personne quant à sa liberté physique. Ce droit est en cause lorsqu'une personne est retenue physiquement par l'État, soit en raison de détention ou même dans le cas d'une menace de détention, ou lorsque l'État nuit à la capacité d'une personne de circuler librement, notamment en l'obligeant à venir témoigner oralement.

Le deuxième aspect de l'article 7 vise à protéger une sphère d'autonomie dans le cadre de laquelle une personne peut prendre des décisions de nature fondamentalement personnelle qui touchent l'essence même de ce que signifie jouir d'une indépendance et d'une liberté personnelles. Les décisions d'une personne concernant l'emplacement de sa résidence ou celles des parents concernant l'éducation ou les soins de santé pour leurs enfants sont des exemples de choix fondamentaux protégés par les tribunaux en vertu de cet aspect de l'article 7.

L'article 7 protège également le droit à la sécurité de sa personne. Le droit à la sécurité de sa personne comprend aussi deux aspects. Le premier se rapporte au droit de la personne à l'intégrité physique. L'intégrité physique protège le droit d'une personne d'être à l'abri d'une peine ou d'une menace de peine de la part de l'État. Le deuxième aspect concerne l'intégrité psychologique. Pour être en présence d'une violation de ce droit, l'acte de l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de la personne. Les répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires et doivent être évaluées de manière objective du point de vue d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Toutefois, elles ne doivent pas être graves au point d'avoir entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique.

Il convient de souligner que l'analyse des tribunaux au regard de l'article 7 se fait en deux étapes. Tout d'abord, les tribunaux déterminent s'il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Pour ce faire, les tribunaux pourraient avoir à déterminer si le droit identifié et revendiqué par le demandeur fait partie des droits visés. Par la suite, les tribunaux déterminent si l'atteinte au droit par l'État est conforme aux principes de justice fondamentale. Le cas échéant, il n'y a aucune violation. Si l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, alors il y a eu violation de ce droit. Les tribunaux peuvent ou non obliger l'État à justifier une violation en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

Jurisprudence

Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*[227] (« *Godbout* »), la municipalité avait adopté une résolution exigeant que les employés signent une déclaration dans laquelle ils s'engageaient à établir leur résidence principale à l'intérieur des limites de la municipalité pour la durée de leur emploi. Si un employé déménageait hors de la ville pendant cette période, il pouvait être congédié sans avis[228]. La résolution a été contestée au motif qu'elle violait soit la *Charte québécoise* soit la *Charte canadienne*[229]. Le juge LaForest, s'exprimant au nom des juges L'Heureux-Dubé

---

[225] *Ibid.*
[226] *Ibid.*, p. 360.
[227] *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.
[228] *Ibid.*, par. 16.
[229] *Ibid.*, par. 19

et McLachlin, a statué que le droit à la liberté garanti par l'article 7 comprend « le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans intervention de l'État, et que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie des décisions ainsi protégées »[230]. Il a conclu que l'obligation de résidence était une violation de l'article 7 et était non conforme aux principes de justice fondamentale[231].

La jurisprudence subséquente a confirmé que le droit à la liberté protège deux aspects, à savoir l'aspect physique et une sphère d'autonomie décisionnelle protégée. Dans un arrêt récent, *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*[232] (« *Siemens* »), la majorité de la Cour suprême a conclu que l'article 7 englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et n'incluent pas les intérêts purement économiques[233].

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*[234] (« *Singh* »), la Cour suprême du Canada a conclu que l'expression « sécurité de sa personne » énoncée à l'article 7 englobe tout autant la protection contre la menace d'un châtiment corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtiment lui-même[235].

Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*[236] (« *G(J)* »), on a demandé à la Cour suprême si l'article 7 s'appliquait en dehors du droit criminel pour s'assurer qu'un parent a le droit aux services d'un avocat rémunérés par l'État dans le cadre de procédures relatives à la protection ou à la garde d'un enfant. Concernant le droit du parent à la sécurité de sa personne, la Cour a conclu que pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne[237]. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'action de l'État du point de vue d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que le stress causé ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires[238]. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que le retrait de la garde de l'enfant portait gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent[239].

Dans l'affaire *R. c. Monney*[240], la Cour s'est demandée si des fouilles effectuées aux douanes pour trouver des stupéfiants constituaient une atteinte inconstitutionnelle au droit à l'intégrité corporelle prévu à l'article 7. La Cour a fait observer que dans l'arrêt *Singh*, *supra*, les juges avaient statué que les actes de l'État qui auront probablement pour effet de détériorer la santé d'une personne mettent en cause le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7[241]. Toutefois, la Cour avait conclu que dans cette affaire, le droit à la sécurité de sa personne ne comprenait pas l'obligation pour l'État de mettre l'intimé sous surveillance médicale en raison des risques qu'il avait lui-même créés pour sa santé, et ce, malgré le fait qu'il avait refusé les soins médicaux qu'on lui offrait[242].

Dans l'affaire *R. c. Parker*[243], la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'interdiction de cultiver et d'avoir en sa possession de la marihuana, prévue dans la *Loi sur les stupéfiants* et dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, était inconstitutionnelle. L'appelant a présenté en preuve devant le tribunal inférieur la valeur médicinale de la marihuana pour de nombreux états pathologiques graves, y compris l'épilepsie. Le gouvernement soutenait que l'appelant n'avait pas besoin de consommer de la marihuana pour réprimer ses crises puisqu'il avait légalement accès à d'autres traitements. Le tribunal inférieur a pour sa part statué que l'appelant devait consommer de la marihuana pour contrôler ses crises d'épilepsie et que l'interdiction visant la marijuana portait atteinte à ses droits protégés en vertu de l'article 7 de la *Charte*[244].

---

230 *Ibid.*, par. 58.
231 *Ibid.*, par. 91.
232 *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6.
233 *Ibid.*, par. 45.
234 *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.
235 *Ibid.*, par. 207.
236 *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.
237 *Ibid.*, par. 60.
238 *Ibid.*
239 *Ibid.*, par. 61.
240 *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.
241 *Ibid.*, par. 55.
242 *Ibid.*
243 *R. c. Parker*, 2000 CanLII 5762 (C.A. Ont.)
244 *Ibid.*, par. 5 et 6.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué que le fait d'empêcher Parker de consommer de la marihuana comme traitement médical de son épilepsie en le menaçant de poursuites criminelles constituait une atteinte à son intégrité physique et psychologique. Cela l'empêche de faire des choix concernant son propre corps et de contrôler son intégrité physique et psychologique à l'abri de toute interdiction criminelle[245].

4.6.5 Analyse

En raison de l'absence de commentaire et de jurisprudence concernant le droit de bénéficier des avantages du progrès scientifique et de ses applications prévu dans le PIDESC, il est difficile de prédire si les tribunaux canadiens s'inspireraient un tant soit peu de ce principe international. Il ressort des commentaires énoncés précédemment que le droit de bénéficier du progrès scientifique doit être pondéré par rapport aux droits de propriété intellectuelle de l'inventeur[246].

Cependant, une interdiction de l'État visant la recherche ne devrait pas être mise en balance puisqu'il n'y a aucune inquiétude relativement à la violation des droits de propriété intellectuelle de l'inventeur. Il s'agit plutôt de déterminer si les tribunaux canadiens peuvent se servir du droit de bénéficier du progrès scientifique pour éclairer leur interprétation des droits garantis par la Charte ou de la législation nationale.

Comme il a été mentionné au chapitre 2, un examen du libellé de la disposition du PIDESC et des *Travaux Préparatoires* du PIDESC a amené un universitaire à avancer que l'alinéa 15(1)*b*) contenait quatre éléments clés[247]. Deux de ces quatre éléments clés s'appliquent à la présente analyse. L'un d'eux limiterait le droit aux sciences qui sont bénéfiques pour la société, par opposition aux sciences dites néfastes. L'autre élément garantirait que tous puissent bénéficier de manière égale des progrès scientifiques et de ses applications[248].

On encourage les États à promouvoir les dispositions du PIDESC par le biais de lois et de règlements. Le principe édicté à l'alinéa 15(1)*b*) encourage les États parties à s'assurer que tous pourront bénéficier du progrès scientifique. Toute mesure de l'État visant à limiter l'accès à ces avantages pourrait être perçue comme une mesure étatique contraire aux principes décrits dans un instrument international sur les droits de la personne ayant force exécutoire.

On pourrait dire que le principe sous-jacent du PIDESC vise à promouvoir la recherche et le progrès scientifique pour alléger les souffrances humaines, mais seulement dans les cas où la dignité humaine et les droits de la personne sont protégés. Les alinéas de l'article 15 qui souscrivent à l'idée de bénéficier de la recherche scientifique devraient être examinés à la lumière des articles 10 et 11, lesquels établissent clairement, comme étant prépondérant, le principe du respect de la dignité humaine.

Un aspect important de la dignité humaine est l'autonomie, plus particulièrement en ce qui a trait à la prise de décisions touchant l'intégrité de sa propre personne. La décision d'avoir recours à de nouvelles technologies ou à de nouveaux traitements, issus de la recherche médicale et scientifique, pour combattre une maladie ou une pathologie qui met la vie en danger serait perçue comme un choix personnel fondamental participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

Est-ce qu'une interdiction de l'État à l'égard d'un certain type de recherches scientifiques ou de thérapies expérimentales met en jeu les droits de la personne?

Une interdiction de l'État visant la recherche scientifique utilisant des cellules souches embryonnaires dans des traitements médicaux pourrait mettre en cause les droits des patients gravement malades pour qui ces traitements pourraient s'avérer salutaires.

Si l'interdiction de l'État était renforcée par des sanctions pénales, elle pourrait être contestée pour le motif qu'elle met en cause les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'article 7 de la *Charte*. À ce sujet,

---

[245] *Ibid.*, par. 109 et 110.

[246] Voir l'analyse au chapitre 2 du document Ébauche concernant l'équilibre entre l'accès au progrès scientifique et les droits relatifs à la propriété intellectuelle.

[247] *Ibid.*, p. 19.

[248] *Ibid.*

il pourrait être utile de faire un renvoi à l'alinéa 15(1)*b*) du PIDESC qui prévoit le droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications. Les tribunaux pourraient se servir de cette disposition internationale pour éclairer leur interprétation des droits protégés par l'article 7, plus particulièrement en ce qui concerne les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne. On pourrait avancer l'argument que le droit « de bénéficier des avantages du progrès scientifique » comprend le droit du patient de décider de se soumettre à un traitement médical expérimental lorsque sa vie est menacée. Une interdiction visant ce droit mettrait en cause le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*.

Si l'État souhaite priver les personnes gravement malades d'avoir accès à un traitement expérimental, il devra le faire conformément aux principes de justice fondamentale. Le plaignant pourrait souligner que la portée excessive et le caractère arbitraire sont les principes pertinents de justice fondamentale, et soutenir que l'interdiction n'est pas conforme à ces principes. Le plaignant pourrait aussi avancer que l'interdiction de l'État n'est pas liée à une crainte raisonnable de préjudice. On pourrait exiger que l'État démontre que la privation est raisonnable en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

4.6.6 Conclusion

Même si la *Charte* ne protège pas le droit particulier de bénéficier du progrès scientifique, elle garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne à l'article 7. Si une personne se voyait refuser l'accès à un traitement médical expérimental, mais prometteur, par une restriction imposée par l'État et renforcée par des sanctions pénales, les droits de cette personne protégés par l'article 7 de la *Charte* seraient mis en cause.

Les tribunaux pourraient se référer au droit international de bénéficier des avantages du progrès scientifique et de ses applications pour éclairer leur interprétation des droits protégés par l'article 7 de la *Charte* et de la législation nationale. En raison de l'absence de commentaire relativement à l'interprétation de cette disposition internationale, l'utilité de celle-ci pourrait être réduite et il pourrait être difficile de prévoir l'interprétation et l'utilisation que les tribunaux en feront. En vertu de l'article 1 de la *Charte*, l'État bénéficie d'une occasion explicite de justifier toute violation d'un droit protégé par l'article 7.

4.7 Question 3 : L'embryon *in vitro*

De nombreuses activités entrant dans le champ d'application de la *Loi sur la procréation assistée* sont liées à la création, à l'utilisation, à la manipulation, à l'examen et à la destruction d'embryons humains in vitro. La statut juridique de l'embryon in vitro a été examiné aux chapitres 2 et 3. Dans ces deux chapitres, on a souligné que les tribunaux n'ont pas encore déterminé le statut de l'embryon in vitro, ni décidé si l'embryon in vitro, tel qu'il existe à l'extérieur du corps de la femme, possède des droits juridiques ou humains.

Comme nous l'avons déjà mentionné, il existe différentes méthodes pour obtenir ou créer des embryons in vitro à des fins de recherche, notamment la création, le don d'embryons surnuméraires, le clonage thérapeutique, la segmentation d'embryons et la parthénogenèse. Dans les pages qui suivent, nous examinerons si la méthode utilisée pour créer un embryon in vitro est un facteur pertinent pour déterminer le statut moral de l'embryon.

4.7.1 Le droit dans d'autres pays

États-Unis

En 1999, le National Bioethics Advisory Council (NBAC) des États-Unis a recommandé que la recherche sur les embryons in vitro surnuméraires soit financée par le fédéral, mais pas la recherche utilisant des embryons in vitro créés uniquement à des fins de recherche[249]. Depuis 2001, des lois fédérales interdisent de financer la recherche visant à créer ou à utiliser des embryons in vitro comme source de cellules souches embryonnaires. Le financement fédéral ne peut servir que dans le cadre de recherches sur des cellules souches existantes qui ont été isolées d'un embryon in vitro avant le 9 août 2001. D'autres conditions sont imposées aux chercheurs quant à l'utilisation qu'ils font des lignées de cellules souches. Par exemple, l'embryon duquel on a dérivé une ligne de cellules souches doit déjà

[249] Cloning Human Beings Report et Recommendations of the National Bioethics Advisory Committee (1997) p. 5. Internet : http://www.georgetown.edu/research/nrcb/nbac/pubs/cloning1/cloning.pdf; *supra*, note 179, p. 3.

avoir été détruit et, par conséquent, ne doit avoir aucune possibilité de se développer[250]. Il n'existe aucune loi ni aucun règlement applicable à l'utilisation d'embryons dans le cadre de recherches financées par le privé.

Au niveau des États, plusieurs d'entre eux ont adopté des lois interdisant le clonage thérapeutique et le clonage à des fins de reproduction. Par contre, en Californie et au New Jersey, il existe des mesures législatives qui autorisent précisément la création d'embryons à des fins de recherche.

Allemagne

En Allemagne, on ne peut créer ni utiliser d'embryon in vitro à des fins de recherche. Toutefois, il est permis d'importer des cellules souches embryonnaires à des fins de recherche. En vertu de la loi allemande pour la protection des embryons[251], les embryons in vitro sont protégés et ont des droits à partir du moment où ils sont créés.

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni autorise la création d'embryons in vitro, par fécondation in vitro et par clonage thérapeutique, à des fins de recherche sous réserve du consentement éclairé des donneurs de gamètes. Les auteurs du rapport Donaldson du Royaume-Uni, ont étudié la question de la recherche sur les embryons, y compris sur les cellules souches embryonnaires et les cellules souches adultes, et ont recommandé que la recherche utilisant les cellules souches embryonnaires soit autorisée, de même que le clonage thérapeutique d'embryons in vitro comme source de ces cellules souches.

Dans le rapport Donaldson, les experts ont reconnu qu'il existe des opinions divergentes quant à la moralité de la recherche sur des embryons humains in vitro :

> [TRADUCTION]
>
> La recherche sur les embryons créés par le remplacement du noyau de la cellule [clonage thérapeutique] soulève de nouvelles préoccupations dans l'esprit de nombreuses personnes, y compris les opposants à tous les types de recherches sur les embryons et ceux qui adoptent une position intermédiaire. Même ceux qui sont en faveur de l'utilisation actuelle d'embryons dans le cadre de recherches pourraient avoir des inquiétudes à l'égard de l'utilisation d'embryons créés de cette façon. On pourrait considérer que ces embryons ont été créés pour arriver à une fin et en vue d'être utilisés comme une source de produits.
>
> Un point de vue différent serait de considérer que les avantages tirés du développement des cellules d'un individu donné en vue de créer une nouvelle source de cellules que celui-ci pourrait utiliser dans le cadre d'un éventuel traitement rendent cette action justifiable sur le plan éthique. Même si la recherche sur les embryons créés par le remplacement du noyau de la cellule implique d'utiliser les embryons comme moyen d'arriver à une fin, on pourrait dire que cela s'applique à divers degrés à tous les types de recherches utilisant des embryons. Il faut soupeser les avantages possibles de la recherche par rapport à ces préoccupations [...] ces avantages pourraient s'avérer importants et représenter la meilleure chance de mettre au point des traitements pour un bon nombre de maladies dégénératives[252].

Canada

La *Loi sur la procréation assistée* interdit la création d'embryons in vitro à des fins de recherche, ainsi que le clonage d'embryons in vitro à des fins de recherche ou de reproduction. Dans son rapport final de 1993 au Parlement, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a souligné que les embryons in vitro méritaient d'être respectés, non seulement parce qu'ils abritent une vie humaine en puissance, mais surtout en raison de leur appartenance à la race humaine[253].

4.7.1.1 Sommaire

Le statut moral et légal de l'embryon in vitro diffère grandement d'un pays à l'autre. On pourrait affirmer que les deux extrémités du continuum relatif au statut moral de l'embryon sont représentées par le Royaume-Uni, qui autorise la création d'embryons in vitro uniquement à des fins de recherche, et l'Allemagne, qui octroie des droits

---

250 *Supra*, note 23, p. 132.
251 *Law for the protection of embryos*, Bundesgesetzblatt, Partie 1, 19 décembre 1990, pp. 2736-2748.
252 *Supra*, note 97, p. 8.
253 *Supra*, note 103, p. 633.

reconnus par la loi à l'embryon à partir du moment de sa création.

La position du gouvernement fédéral américain quant au statut moral de l'embryon in vitro est semblable à celle de l'Allemagne. Toutefois, certains États américains autorisent explicitement la création d'embryons in vitro, mais uniquement à des fins de recherche. Le Canada, avec l'adoption de la *Loi sur la procréation assistée*, se trouve à mi-chemin en autorisant la recherche sur des embryons in vitro surnuméraires, mais en interdisant la création d'embryons uniquement à des fins de recherche.

4.7.2 Doctrine

John Robertson analyse le statut moral et légal des embryons in vitro[254]. Il fait observer que les jeunes embryons, bien qu'ils soient moins développés que les fotus, sont des entités humaines vivantes, génétiquement uniques qui ont le potentiel de se développer et de devenir un être humain à part entière[255].

Avec les progrès de la technologie et la possibilité de féconder un ovule humain avec des spermatozoïdes dans une boîte de Pétri en laboratoire, des questions ont été soulevées quant à savoir s'il faut imposer des limites à la création externe, au stockage, à l'élimination et à la manipulation d'embryons in vitro. Robertson souligne que seulement un petit nombre d'ovules fécondés se développent jusqu'au stade du blastocyste. Dans les faits, un embryon sur dix est implanté dans l'utérus de la mère et parmi ceux-ci, de 30 à 40 p. 100 avortent spontanément[256].

Il expose différents points de vue sur le statut moral des embryons in vitro, qui vont de la croyance que l'embryon est une vie humaine jouissant de droits au moment de la fécondation à l'opinion que, même à la dernière étape du développement, une entité humaine non encore née n'a aucun droit. Robertson observe que, malgré ces divergences d'opinions, la plupart des gens estiment que l'embryon doit être traité avec un respect spécial parce qu'il s'agit d'un tissu humain vivant et unique sur le plan de la génétique, qui a la capacité de se développer et de devenir un fotus, puis un nouveau-né. Il soutient que c'est précisément parce que l'embryon est unique sur le plan génétique qu'il a la capacité de se développer et qu'il représente un « puissant symbole » du cadeau unique qu'est la vie humaine[257].

Même si l'embryon ne détient pas de droits ni n'est un sujet moral, il suscite, plus que tout autre tissu humain, une prise de conscience de la communauté humaine. Par contre, comme le soutient Robertson, contrairement à d'autres symboles (p. ex. le drapeau national), la question de savoir si l'embryon in vitro est un symbole d'appartenance à la communauté humaine est affaire de choix et non pas une obligation morale[258].

À son avis, en raison du développement rudimentaire du jeune embryon et de ses faibles chances d'être implanté et de se rendre à terme, il représente un symbole moins puissant de la communauté humaine qu'un fotus à un stade plus avancé. D'autres symboles de la société exigent, comme critère d'appartenance, que les personnes souscrivent à un point de vue unique à l'égard de ce symbole. C'est notamment le cas du drapeau américain ou de l'appartenance à la communauté nationale. Les divergences d'opinions sur l'embryon sont plus probables et acceptables précisément parce qu'il y a peu de chances qu'il se développe jusqu'au stade d'être humain. Robertson soutient que la question de savoir s'il faut toujours maintenir le respect spécial attribué aux jeunes embryons relève des droits opposés qui doivent être pris en considération lorsque surgit la question du sort réservé aux embryons. Il observe que les opinions concernant la recherche utilisant des embryons in vitro dépendent, plus que toute autre décision relative à leur sort, du point de vue à l'égard du statut moral de l'embryon. [TRADUCTION] « La question controversée consiste à déterminer si les embryons peuvent être créés uniquement à des fins de recherche, puis éliminés sans intention aucune ni possibilité d'être implantés dans l'utérus »[259].

Selon Robertson, puisque la recherche et l'élimination des embryons clonés à des fins thérapeutiques se produisent

---

254 John A. Robertson, "Reproductive Technology and Reproductive Rights: In The Beginning: The Legal Status of Early Embryos" (1990) 76 Va. L. Rev. 437. (Lexis Nexis.)
255 *Ibid.*, p. 1 (Lexis Nexis.)
256 *Ibid.*, p. 3 (Lexis Nexis.)
257 *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis.)
258 *Ibid.* (Lexis Nexis.)
259 *Ibid.*, pp. 21-22 (Lexis Nexis.)

au même stade de développement que les embryons in vitro surnuméraires, donnés à des fins de recherche, l'origine de l'embryon ne devrait pas être un facteur pertinent. Il avance que des arguments de principes solides militent en faveur de plusieurs types de recherches sur l'embryon dans le cadre du système d'approbation et de supervision de l'Institutional Review Board. [TRADUCTION] « Il existe des raisons impérieuses d'autoriser la création d'embryons à des fins de recherche, puis de les éliminer, puisqu'il peut s'agir de l'unique façon de réaliser de nombreuses recherches importantes »[260].

Kimberly Jackson se demande si un embryon cloné peut être considéré comme étant une vie humaine unique[261]. Elle estime que si la fécondation in vitro et le clonage thérapeutique peuvent être considérés comme des « techniques de reproduction artificielles », seule la fécondation in vitro entraîne la création d'un nouvel individu unique. Le clonage ne fait que produire la copie d'un individu qui existe déjà[262].

De son côté, Roger Taylor affirme que contrairement à l'acide désoxyribonucléique (ADN) d'un embryon créé par fécondation in vitro, par la fusion d'un spermatozoïde et d'un ovule, l'ADN d'un embryon cloné à des fins thérapeutiques n'est pas du tout unique. Il s'agit d'une copie de l'ADN d'une personne qui existe déjà (donneur du noyau). Il se demande pourquoi la recherche sur les embryons in vitro surnuméraires est moins protégée que la recherche sur les embryons clonés[263]. Selon lui, cela devrait être logiquement l'inverse.

D'un côté, un embryon créé par fécondation in vitro a la capacité de devenir un être humain unique qui a tout l'avenir devant lui. De l'autre, un embryon humain cloné pourrait ne pas être en mesure de se développer jusqu'au stade de l'être humain et, même si cela était le cas, il ne serait pas unique et n'aurait pas un avenir « ouvert »[264].

David Smolin soutient que les différences majeures entre les embryons clonés à des fins thérapeutiques qui ont été créés par la fusion d'un spermatozoïde et d'un ovule se traduisent par un statut moral ambigu pour l'embryon cloné. Il commence en analysant les ambiguïtés entourant le statut des jeunes embryons reproducteurs que la science et la médecine ont récemment créées[265].

Premièrement, il observe que la majorité des embryons sont perdus au cours du processus de reproduction naturel, car ils ne réussissent pas à s'implanter dans l'utérus. Deuxièmement, la médecine a modifié la définition de grossesse, passant de fécondation à nidation. Troisièmement, les contraceptifs oraux modernes préviennent la nidation, causant ainsi la destruction des embryons. Quatrièmement, la société a accepté la fécondation in vitro, ce qui se traduit par l'élimination d'un grand nombre d'embryons pour chaque naissance obtenue[266].

Pour ce qui est des embryons clonés, il observe que le clonage est une forme artificielle de procréation asexuée. Le clonage ne comporte pas d'étape de conception. En outre, un embryon cloné est composé d'un ovule humain (dépourvu de noyau) et du noyau d'une cellule somatique, ni l'un ni l'autre n'ayant jamais été considéré comme étant une vie humaine individuelle[267]. De l'avis de Smolin, si l'on ne peut littéralement considérer l'embryon cloné comme étant une vie humaine individuelle, alors l'obligation éthique d'utiliser des embryons à des fins de recherche dans le but de découvrir des traitements qui guériront et sauveront des vies pourrait l'emporter largement sur la valeur symbolique que représente sa protection[268].

Tous ne partagent pas ce point de vue. James McCartney[269] soutient que la création d'embryons comme sources de cellules souches, que ce soit par fécondation in vitro, clonage ou parthénogenèse, est problématique sur le plan éthique[270]. Il est d'avis que les éthiciens soutiendraient que créer une vie humaine à des fins de recherche équivaut à utiliser une vie humaine uniquement comme moyen d'arriver à une fin. Toutefois, selon McCartney, l'embryon en développement n'est un individu qu'à partir du

---

260 *Ibid.*, p. 22 (Lexis Nexis.)
261 *Supra*, note 191.
262 *Ibid.*, p. 6.
263 *Supra*, note 179, p. 9.
264 *Ibid.*
265 David M. Smolin, "Should a Ban on Reproductive Cloning Include a Ban on Cloning for Purposes of Research or Therapy?" (2001/2002) 32 Cumb. L. Rev. 487, p. 5.
266 *Ibid.*, p. 6.
267 *Ibid.*
268 *Ibid.*
269 *Supra*, note 27.
270 *Ibid.*, p. 7.

quatorzième jour suivant la fécondation, au moment où apparaît la ligne primitive[271].

Toutefois, McCartney postule que puisque ces embryons sont en voie de devenir des êtres humains, ils doivent être traités avec révérence et respect. Ils ne devraient pas être créés uniquement pour des recherches scientifiques qui entraîneraient leur destruction. Il reconnaît que sa thèse n'est pas aussi solide que celle voulant que les embryons détiennent des droits inaliénables, comme le droit à la vie. Par contre, il croit qu'elle est suffisante pour appuyer l'opposition éthique à l'égard de la création d'embryons à des fins de recherche.

Pour ce qui est de la parthénogenèse, James McCartney émet l'hypothèse que si cette technique était utilisée avec succès pour créer des embryons in vitro, on répondrait à bon nombre des préoccupations d'ordre éthique associées à la création d'embryons in vitro particulièrement à des fins de recherche. Selon lui, les préoccupations d'ordre éthique seraient pratiquement inexistantes parce que l'embryon ne pourrait jamais se développer pour atteindre le stade d'être humain[272].

4.7.3 Analyse

En vertu de la *Loi sur la procréation assistée*, les scientifiques sont autorisés à utiliser les embryons in vitro surnuméraires que les géniteurs[273] ont donnés à des fins de recherche. Lorsque les personnes ou les couples qui créent des embryons in vitro à des fins de reproduction décident qu'ils ont assez d'enfants, il reste habituellement quelques embryons congelés. Trois possibilités s'offrent alors aux géniteurs de ces embryons surnuméraires : (1) don des embryons surnuméraires à un tiers à des fins de reproduction, (2) don à des fins de recherche, et (3) destruction.

La différence entre les embryons in vitro surnuméraires donnés à des fins de recherche et les embryons in vitro créés par fécondation uniquement à des fins de recherche repose sur le fait que les embryons donnés ont été conçus au départ à des fins de reproduction. À tous les autres égards, les embryons surnuméraires, les embryons créés à des fins de recherche et les embryons créés à des fins de reproduction sont identiques. En théorie, il est fort probable que ces trois catégories d'embryons in vitro aient la même capacité de se développer jusqu'au stade de vie humaine. Ils ont tous été conçus par l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule et sont devenus une entité « unique ». Les auteurs ont suggéré que lorsque le noyau d'un spermatozoïde s'unit à l'ovule, les gènes se combinent pour créer un individu unique avec un « avenir génétique ouvert »[274].

Devrait-on interdire la recherche sur les embryons in vitro sous prétexte qu'il s'agit de vies potentielles?

John Robertson laisse entendre qu'en raison des connaissances scientifiques accrues concernant les divers stades précédant l'étape de la viabilité, il serait temps que la société réévalue le fondement des divers points de vue concernant le statut de l'embryon in vitro[275]. Avant que l'embryon in vitro n'ait été transféré dans l'utérus d'une femme, ne se soit implanté avec succès dans la paroi utérine et ne se soit développé au point où il serait viable à l'extérieur du corps de sa mère, il est difficile d'évaluer le potentiel de vie humaine de l'embryon in vitro. Le jeune embryon n'est pas doué de sensation ni de cognition, il n'est pas un individu avant d'avoir été implanté et de s'être développé. Le fait qu'il puisse devenir une personne ne fait pas de l'embryon in vitro une personne titulaire de droits.

La recherche scientifique a démontré que ce ne sont pas tous les embryons in vitro ou in utero qui ont le potentiel de se développer jusqu'au stade de l'être humain. Un pourcentage important d'embryons ont une composition génétique qui ne leur permet pas de s'implanter dans la paroi utérine ni de se développer après la nidation. Même lorsqu'on parle de reproduction sexuée, un grand nombre d'ovules fécondés avortent naturellement, et certains croient que [TRADUCTION] « [...] il est moralement peu convainquant de revendiquer l'inviolabilité absolue d'un organisme à l'égard duquel la nature même est aussi prodigue »[276].

---

271 *Ibid.*

272 *Ibid.*

273 On entend par « géniteur » la personne qui a engendré, le parent (Le Petit Robert, 1997).

274 L'expression « avenir génétique ouvert » fait allusion au potentiel de l'être humain ayant un ADN unique, provenant de la combinaison de l'ADN d'un spermatozoïde et de l'ADN d'un ovule, d'être modelé par son milieu environnant.

275 *Supra*, note 256, p. 2.

276 Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *Report of the RCOG Ethics Committee on* In vitro *Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer* (London : RCOG, 1983).

Le potentiel de vie humaine n'est peut-être pas le critère le plus rationnel pour empêcher la création d'embryons in vitro uniquement à des fins de recherche, puisqu'il est difficile à évaluer et, en outre, les trois catégories d'embryons mentionnées ci-dessus sont toutes des vies en devenir.

Existe-t-il une différence entre les embryons créés par fécondation in vitro et ceux créés par clonage thérapeutique?

Il peut y avoir des différences importantes entre les embryons créés par fécondation (l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule) et les embryons créés par clonage thérapeutique. Pour de nombreuses personnes, les embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique ne sont que la copie d'une autre personne (le donneur du noyau). On pourrait faire valoir que ces embryons ne sont pas des créations uniques avec un avenir génétique ouvert, mais plutôt des copies de personnes existantes destinées à partager les mêmes caractéristiques génétiques que celles du donneur de noyau.

Toutefois, les embryons obtenus par clonage thérapeutique contiennent l'ADN du donneur de noyau et l'ADN mitochondrial provenant de la donatrice de l'ovule femelle et, par conséquent, ils ne sont pas une copie exacte du donneur de noyau. On pourrait donc prétendre que les embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique sont aussi des personnes uniques avec un avenir génétique ouvert.

Quant au potentiel de vie humaine, il est difficile de prédire celui de l'embryon obtenu par clonage thérapeutique étant donné que personne n'a utilisé avec succès un tel embryon à des fins de reproduction. Cependant, si les difficultés de réussir à cloner une brebis sont liées au potentiel de vie de l'embryon cloné, on pourrait alors conclure que l'embryon humain cloné a peu de chances de se développer pour devenir un être humain en santé.

Certaines personnes pourraient soutenir que ces différences fondamentales font en sorte qu'il est moins troublant sur le plan moral et éthique de créer des embryons par clonage thérapeutique uniquement à des fins de recherche. Par contre, d'autres pourraient craindre que le fait de créer une entité ayant un potentiel de vie, quoique infime, comme moyen d'arriver à une fin et non pas comme une fin en soi pourrait contribuer à diminuer le respect de la société relativement au caractère sacré de la vie humaine.

En plus de créer des embryons par clonage, les scientifiques pourraient bientôt être en mesure de créer des embryons in vitro uniquement à des fins de recherche par parthénogenèse. L'utilisation de ces embryons pour la recherche pourrait être passablement moins controversée.

Les embryons in vitro créés par parthénogenèse proviennent d'un ovule humain non fécondé et ne peuvent se développer que jusqu'à un certain stade avant de mourir de façon naturelle. De plus, ces embryons ont uniquement le matériel génétique de la femelle et, par conséquent, ne pourront jamais se développer et devenir un être humain, c.-à-d. qu'ils n'ont aucun potentiel de vie. Pour créer un tel embryon, néanmoins, une femme doit faire don d'un de ses ovules à la recherche. Même si ce n'est pas aussi controversé que de donner un embryon in vitro à des fins de recherche, l'utilisation d'un ovule humain à cette fin peut tout de même soulever des préoccupations d'ordre éthique et moral.

Pour certaines personnes, la création d'un embryon in vitro à des fins de recherche, quelle que soit la méthode utilisée, soulève des questions d'ordre éthique et moral et témoigne d'un manque de respect pour le caractère sacré de la vie humaine. On peut considérer l'embryon comme faisant partie de la communauté humaine. Un embryon créé uniquement à des fins de recherche est d'une certaine façon créé en tant que moyen pour arriver à une fin plutôt qu'une fin en soi. Pour d'autres, cependant, le don à des fins de recherche d'embryons in vitro surnuméraires potentiellement viables, créés à l'origine à des fins de reproduction, pourrait s'avérer encore plus inquiétant sur le plan éthique.

Ces préoccupations doivent être prises en compte et évaluées par rapport à des préoccupations sociales d'ordre moral et éthique concernant le progrès dans les domaines de la recherche scientifique et médicale. Si la recherche utilisant des embryons in vitro donne l'espoir de mettre

sur pied des traitements médicaux pour les êtres humains souffrant de maladies débilitantes ou mortelles, le fait d'interdire ce type de recherche ne soulève-t-il pas des préoccupations d'ordre éthique et moral?

4.7.4 Conclusion

Tous les embryons créés par fécondation ont un certain potentiel de vie humaine, même si la science a démontré que ce potentiel est inférieur à ce que l'on croyait à l'origine. On peut considérer ces embryons in vitro comme étant des entités uniques dont l'avenir génétique est ouvert. On ne peut toutefois pas en dire autant des embryons in vitro créés par clonage thérapeutique ou parthénogenèse puisque personne ne les a encore utilisés avec succès à des fins de reproduction. D'après les résultats des recherches sur les animaux, ils auraient un plus faible potentiel de vie humaine que les embryons in vitro créés par fécondation. Certaines personnes considèrent les embryons clonés comme la simple copie d'un être humain déjà existant et, par conséquent, ne pensent pas qu'ils possèdent un patrimoine génétique qui leur est propre.

Pour ce qui est de la fin visée, les embryons in vitro créés par clonage thérapeutique, segmentation d'embryons ou parthénogenèse sont créés uniquement à des fins de recherche et seront détruits avant d'atteindre leur quatorzième jour de développement. Ces embryons in vitro ont été créés uniquement comme moyens d'arriver à une fin. À l'inverse, les embryons in vitro créés à des fins de reproduction étaient destinés à devenir des êtres humains. Lorsqu'ils deviennent surnuméraires, ils se convertissent en objet de recherche.

Il reste à déterminer si les différences mentionnées précédemment ont une incidence sur le statut moral de l'embryon. Les embryons créés par clonage, segmentation ou parthénogenèse peuvent s'avérer si différents fondamentalement (par exemple en ce qui concerne l'absence de potentiel de vie) que les préoccupations à l'égard de leur utilisation à des fins de recherche pourraient en être atténuées. Pour certaines personnes, cependant, les différences n'auront aucune incidence sur le statut moral d'un embryon puisqu'il fait partie de la communauté humaine. Toutefois, si les scientifiques mettent au point des traitements à visée thérapeutique ou curative qui peuvent sauver des vies à partir de recherches sur des embryons humains, la société pourrait devoir trancher entre la moralité de la recherche sur les embryons et la moralité de refuser l'accès à un traitement médical.

4.8 Conclusion

La biotechnologie est le produit de la recherche scientifique. S'ils ne sont pas libres de penser, d'émettre des opinions et d'expérimenter, les scientifiques ne peuvent poursuivre leurs recherches. Dans ce chapitre, nous avons étudié la question de savoir si les scientifiques jouissent d'un droit d'entreprendre des recherches scientifiques. Il existe des instruments internationaux et régionaux portant sur les droits de la personne qui lient le principe de la liberté scientifique à l'épanouissement personnel, et certains de ces instruments obligent les États parties à s'assurer que les chercheurs jouissent d'une telle liberté.

Toutefois, la liberté de faire des recherches, comme tout autre droit de la personne, n'est pas absolue. Les instruments internationaux et régionaux soulignent que l'État peut légitimement restreindre la liberté de faire des recherches lorsque d'autres intérêts, comme la santé publique, la sécurité, la moralité ou l'éthique sont en jeu. La *Charte* garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression à l'alinéa 2*b*). La Cour suprême du Canada a interprété de façon libérale ce continuum de libertés. L'État peut limiter ces libertés, mais doit être en mesure de justifier toute restriction en vertu de l'article 1 de la *Charte* en démontrant que l'interdiction constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans une société libre et démocratique.

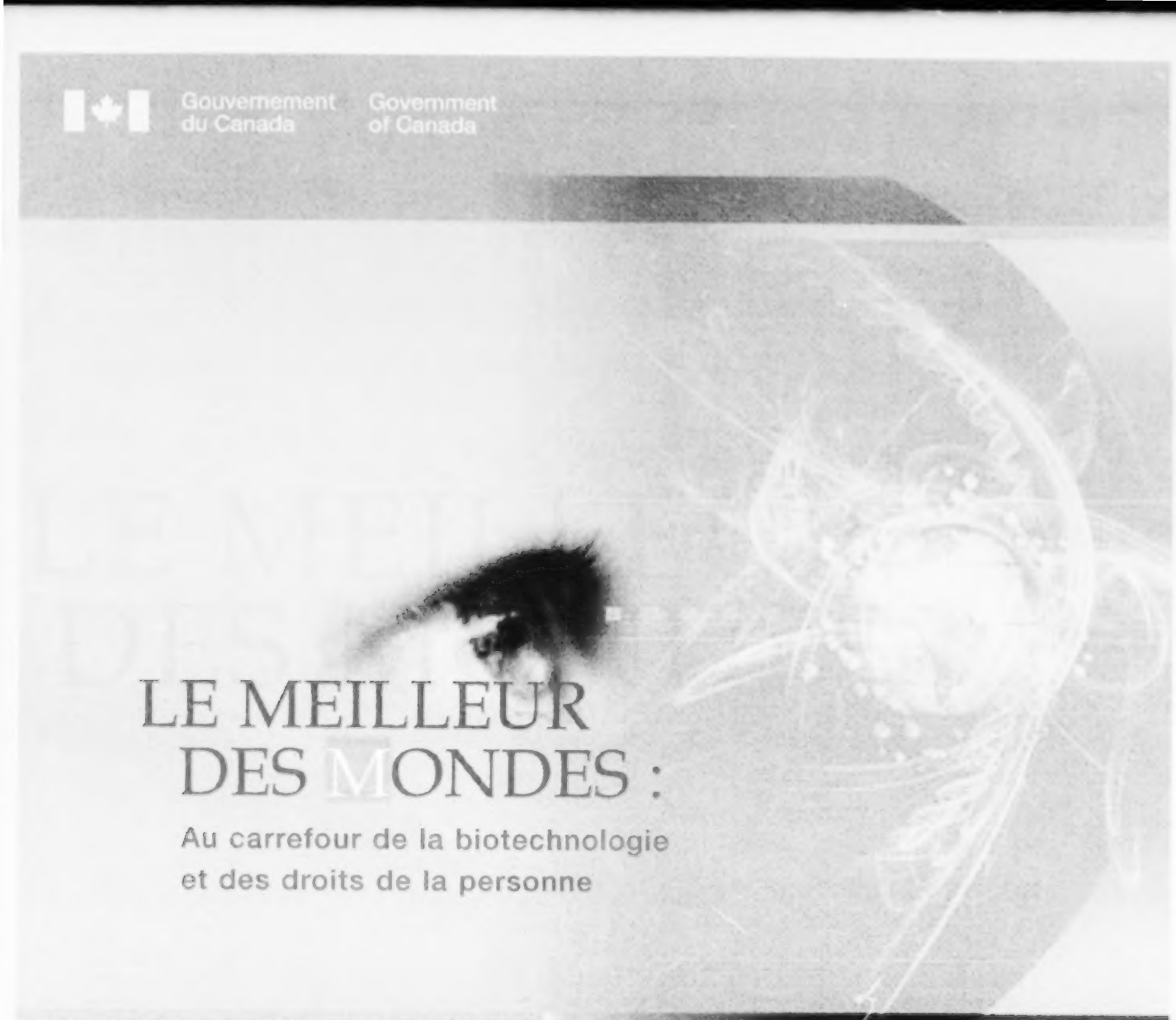
Selon la jurisprudence existante, il est probable que les tribunaux concluent que la recherche scientifique entre dans le cadre de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression et, par conséquent, est protégée par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. Même si le volet expérimental de la recherche scientifique constitue une activité physique, la Cour suprême a expressément souligné que les activités qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées. En vertu de l'article 1, l'État a la possibilité de justifier toute limitation de la recherche scientifique et,

s'il réussit à le faire, la restriction sera jugée valide sur le plan constitutionnel. Il n'existe aucune jurisprudence concernant un droit de faire des recherches garanti par la *Charte* et, de ce fait, la question représente un nouveau domaine qui nécessitera une interprétation de la part des tribunaux.

Il se peut qu'il existe un droit général de bénéficier des avantages et des applications du progrès scientifique. On pourrait invoquer ce droit pour soutenir que toute personne jouit du droit d'accéder à des traitements médicaux permettant de sauver une vie et à la technologie scientifique sans ingérence de l'État. Toute limitation de l'État relativement à ces technologies, renforcée par des sanctions pénales, mettrait en cause les droits protégés par l'article 7 de la *Charte*, plus particulièrement les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne.

Finalement, la dernière question examinée portait sur la possibilité d'attribuer un statut différent aux embryons in vitro créés par différentes techniques et à des fins diverses. Il est actuellement reconnu que les embryons créés par parthénogenèse n'ont aucun potentiel de vie humaine. On pourrait avancer que ces embryons devraient recevoir un statut inférieur à celui des embryons in vitro créés à des fins de reproduction par l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule. Dans ce cas, la création d'embryons in vitro par parthénogenèse uniquement à des fins de recherche ne soulèverait probablement pas d'inquiétudes morales ni éthiques au sein de la société. Par ailleurs, le statut de l'embryon peut tenir au fait qu'il appartient à la communauté humaine et, à ce titre, on ne pourrait justifier sa création uniquement à des fins de recherche. Au rythme où progresse la biotechnologie, la société pourrait avoir à choisir entre la création et l'utilisation d'embryons uniquement à des fins de recherche et l'accès, pour les personnes souffrant de troubles et de maladies graves, à des traitements à visée thérapeutique ou curative résultant de la recherche sur ces embryons.

Gouvernement du Canada | Government of Canada



LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 5

Les questions liées aux droits de la personne en matière d'information génétique et de respect de la vie privée

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Chapitre 5

Table des matières

5.1 Introduction 5–1

5.2 Notions scientifiques pertinentes 5–2

5.3 Obtention d'information génétique : méthodes employées pour le dépistage génétique 5–2

5.3.2 Tests génétiques indirects 5–3
5.3.3 Antécédents familiaux 5–3

5.4 Information génétique : les approches comparatives en droit 5–3

5.5 Le contexte canadien 5–3

5.6 Question 1 : Discrimination 5–4

5.6.1 Le contexte international 5–4
5.6.2 La comparaison avec d'autres pays 5–5
5.6.3 Le contexte canadien 5–5
5.6.4 Les questions soulevées dans le contexte d'emploi 5–7
5.6.5 Les questions soulevées dans le contexte de l'assurance 5–8
5.6.6 Les questions soulevées dans d'autres contextes 5–9
5.6.7 Conclusion 5–9

5.7 Question 2: Vie privée 5–10

5.7.1 Le contexte international 5–10
5.7.2 La comparaison avec d'autres pays 5–11
5.7.3 Le contexte canadien84 5–11

5.8 Les questions soulevées par le « droit » de savoir ou de ne pas savoir 5–15

5.8.1 Le contexte international 5–16
5.8.2 La comparaison avec d'autres pays 5–16
5.8.3 Le contexte canadien 5–17
5.8.4 Conclusion 5–18

5.9 Les questions relatives à la confidentialité 5–18

5.9.1 Conclusion 5–19

5.10 Les lacunes du cadre applicable aux droits de la personne 5–19

5.11 Conclusion 5–20

Chapitre 5

Les questions liées aux droits de la personne en matière d'information génétique et de respect de la vie privée

Matthew Taylor

5.1 Introduction

Le progrès scientifique rapide qu'on constate sans cesse dans le domaine de l'information génétique soulève un ensemble complexe de questions juridiques, sociales et de politique générale. Interprétée largement, l'information génétique se compose de divers éléments, dont l'information obtenue grâce à la recherche génétique et l'information relative aux antécédents familiaux[1]. L'information génétique peut être extraite de différentes sources et s'avérer d'une grande utilité, notamment pour :

- déterminer la paternité;
- guider les choix en matière de reproduction et aider à la prise de décisions concernant la reproduction en général;
- aider à prévoir, à diagnostiquer, à traiter et à prévenir des états de santé[2].

Mais l'information génétique d'une personne constitue avant tout un renseignement personnel[3]. Qui plus est, elle peut en englober des aspects généralement très délicats. Ce chapitre dégagera quelques-unes des principales questions que soulève l'information génétique sur le plan juridique et des droits de la personne. Ce chapitre portera en particulier sur deux domaines importants : la discrimination et le respect de la vie privée.

L'analyse relative à la discrimination sera tout particulièrement orientée vers les domaines de l'emploi et de l'assurance. L'analyse relative à la vie privée sera consacrée à la question de savoir si une personne a le droit de connaître ou de ne pas connaître son information génétique ou celle d'un proche parent. Il sera en outre question du caractère confidentiel des résultats révélés par les tests génétiques.

Dans l'analyse de ces questions, nous consacrerons essentiellement ce chapitre à résumer les travaux entrepris par le Groupe de travail interministériel sur l'information génétique et la vie privée (GT).

Constitué à l'automne 2001, le GT a mis en évidence de nombreux défis associés à l'information génétique. Il a élaboré une stratégie nationale axée sur une protection accrue des renseignements personnels et contre la discrimination fondée sur l'information génétique. Cette stratégie vise également à permettre aux individus de profiter de la recherche génétique et des innovations dans le domaine de la santé. La mise en œuvre de cette stratégie par le GT passe notamment par la révision du régime législatif et des politiques officielles actuels en matière de vie privée et de discrimination et par leur renforcement, de manière à tenir compte des questions soulevées par l'information génétique.

---

1 Voir T. Lemmens et L. Austin, « Volume, détail et rapidité : les défis du renseignement génétique » (février 2001) [non publié] Préparé pour le Comité consultatif canadien de la biotechnologie.

2 E. Oscapella, « La génétique, la protection des renseignements personnels et la discrimination : préparé pour le Comité de direction du projet sur la Protection des renseignements génétiques du Comité consultatif canadien de la biotechnologie » (31 octobre 2000) [non publié], p. 8.

3 E. Oscapella, « Les analyses génétiques et le domaine de l'emploi : un examen des lois et des politiques » (3 janvier 2003) [non publié], p. 11.

Les questions relatives à la vie privée et à la discrimination fondée sur l'information génétique seront analysées dans les sphères nationale et internationale, notamment avec une perspective comparative. Dans la mesure du possible, les lacunes du cadre canadien seront relevées.

5.2 Notions scientifiques pertinentes

Le noyau de chaque cellule humaine, à l'exception des spermatozoïdes et des ovules, renferme 23 paires de chromosomes (46 chromosomes en tout — 23 de chaque parent) constitués d'acide désoxyribonucléique (ADN)[4]. Essentiellement, l'ADN est un messager qui transmet les instructions génétiques nécessaires à la création d'organismes vivants[5]. Chaque cellule humaine contient des milliers de gènes, qui sont de petits segments d'ADN et qui agissent, ensemble ou séparément, pour produire des protéines[6]. Ces protéines remplissent des fonctions essentielles, soit fournir des structures cellulaires, produire des hormones et transporter des substances dans tout l'organisme[7]. Lorsque la synthèse des protéines est défectueuse, on peut présumer que l'information génétique qui régit ce processus est en cause[8]. Il est donc important de comprendre les phénomènes génétiques qui sont à l'origine de la synthèse de protéines anormales si nous voulons concevoir des traitements pour les individus atteints de maladies génétiques.

Une personne peut présenter une mutation génétique qui entraîne une maladie ou un trouble particulier. Les maladies déterminées par un seul gène qui font le plus souvent l'objet de tests de dépistage sont la fibrose kystique, la bêta-thalassémie et la maladie de Huntington. À mesure que les connaissances scientifiques concernant le génome humain s'accumuleront, on verra une augmentation du nombre de maladies, comme les maladies cardiaques et certains cancers, pour lesquelles il sera possible, grâce au dépistage génétique, de déterminer si un individu est prédisposé[9].

Il importe de noter qu'à l'heure actuelle, les tests génétiques ne révèlent que la prédisposition d'un sujet à une maladie ou un trouble génétique, mais non le degré de l'atteinte[10].

5.3 Obtention d'information génétique : méthodes employées pour le dépistage génétique

L'information génétique peut être obtenue par différents moyens et à différentes fins. On peut avoir recours à l'analyse de l'ADN, à des tests génétiques indirects et à la collecte des antécédents médicaux familiaux[11]. Non seulement peut-on utiliser diverses méthodes pour recueillir l'information génétique, mais encore les tests génétiques peuvent être pratiqués à différentes étapes de la vie. Par exemple, ils peuvent être effectués avant la conception, sur le sperme ou les ovules, ou encore in vitro, sur l'embryon créé à l'extérieur de l'organisme, ou au stade prénatal, sur le fœtus. Ils peuvent également être effectués à la naissance dans le but de ralentir l'évolution d'une maladie nécessitant une détection et un traitement précoces. Enfin, on peut procéder à des tests génétiques à n'importe quel moment pour évaluer les risques qu'un individu présente un trouble génétique[12].

5.3.1 Analyse de l'ADN

Par l'analyse de l'ADN, les scientifiques peuvent déterminer si un sujet est porteur de mutations génétiques qui sont des indicateurs connus de certaines maladies, comme la maladie d'Alzheimer, la fibrose kystique, la drépanocytose et la maladie de Tay-Sachs[13]. L'analyse génétique fournit aux scientifiques l'information nécessaire pour représenter graphiquement différents gènes en indiquant

---

4 S.A. Sherwood, « Don't Hate Me Because I'm Beautiful... and Intelligent... and Athletic: Constitutional Issues in Genetic Enhancement and the Appropriate Legal Analysis » (Summer, 2001) 11 Health-Matrix: Journal of Law-Medicine 633 à 635.

5 Ontario : Ministère de la Santé, « Génétique, dépistage et brevetage : nouvelles frontières dans le domaine de la santé » en ligne : http://www.health.gov.on.ca/health/french/pubf/ministrt/geneticsrep02f/geneticsf.html date de consultation : 9 janvier 2004 11 h 20.

6 S.A. Sherwood, *supra* note 4 à la p. 635.

7 En ligne : http://www.ontariogenomics.ca/gc/ogi/aboutGenomics/whatIsGenomicsOGI.asp?l=e date de consultation : 8 janvier 2004 9 h 37.

8 *Ibid.*

9 Kay Chung, *Designer Myths: the Science, Law and Ethics of Preimplantation Genetic Diagnosis* (London: Progress Educational Trust, 1999) aux p. 10, 11.

10 Maha F. Munayyer, Genetic Testing and Germ-Line Manipulation: Constructing a New Language for International Human Rights (1997) 12 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 687 à la p. 3 (Lexis Nexis).

11 T. Lemmens et L. Austin, *supra* note 1 aux p. 6, 7.

12 *Ibid.* aux p. 8, 9.

13 *Ibid.* à la p. 6, 7.

leur taille, leur rang et la numérotation des paires de base qui les composent[14]. L'analyse de l'ADN est de plus en plus utilisée et il s'agit peut-être de l'un des procédés les plus sophistiqués qui existe pour obtenir de l'information génétique. La méthode s'est beaucoup perfectionnée au cours des dernières décennies grâce aux percées phénoménales de la technologie scientifique.

5.3.2 Tests génétiques indirects

Les tests génétiques indirects constituent une autre façon d'obtenir de l'information génétique. On peut par exemple analyser des substances telles que l'urine, le sang ou d'autres liquides organiques. On peut également tenter de repérer certaines caractéristiques apparentes des maladies génétiques[15]. Ainsi, un diagnostic de spina-bifida, anomalie congénitale qui se manifeste par une formation incomplète de la colonne vertébrale, constitue un type de dépistage génétique, car on sait que les caractéristiques apparentes de cette maladie sont dues à une anomalie génétique. Une autre façon de recueillir de l'information génétique par un dépistage indirect consiste à faire appel à une analyse chromosomique permettant de déceler certaines anomalies; un exemple de ce procédé est l'amniocentèse[16].

5.3.3 Antécédents familiaux

L'une des façons les plus courantes d'obtenir de l'information génétique sur un individu consiste à recueillir des antécédents familiaux. Il est bien connu que certaines maladies sont héréditaires et que des sujets peuvent être plus exposés que d'autres à une maladie donnée dans les cas où la famille partage certaines caractéristiques génétiques et où la maladie est présente chez des parents proches. Le cancer du sein et la maladie de Huntington sont des exemples de maladie à composante génétique[17]. Les antécédents médicaux familiaux constituent une source d'information génétique permettant de repérer des « familles à risque »[18].

5.4 Information génétique : les approches comparatives en droit

La protection légale dont jouit l'information génétique varie selon les pays. Cette différence de traitement tient en partie à la conception de l'information génétique propre à chaque pays. Par exemple, en Australie, l'information génétique est visée par le concept plus large de renseignement sur la santé[19]. Cela vaut également en Islande, bien que les renseignements sur la santé soient à leur tour englobés dans le concept plus large de renseignement personnel[20]. Au Royaume-Uni (R.-U.), l'information génétique est assimilée à un [TRADUCTION] « renseignement personnel de nature délicate »[21]. Enfin, s'il n'existe en Inde aucune loi générale en matière de protection des renseignements, le gouvernement indien protège les droits à la vie privée grâce aux mesures du département de biotechnologie dans le cadre des recherches biomédicales[22].

5.5 Le contexte canadien

Au Canada, l'information génétique est protégée par la loi et par la common law. Cette protection varie selon le palier de gouvernement concerné et la loi en cause. L'« information génétique » n'est pas définie dans de nombreuses lois qui peuvent néanmoins accorder une protection contre l'atteinte à la vie privée et la discrimination fondée sur l'information génétique. D'autres lois définissent ce qu'il faut entendre par information génétique.

La protection des renseignements personnels est assurée par divers mécanismes qui s'inscrivent dans les cadres juridiques relatifs à la vie privée ou à la discrimination. En matière de protection de la vie privée, l'information génétique jouit d'une certaine protection légale grâce à la *Charte canadienne des droits et libertés*[23] (la *Charte*), à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*[24] fédérale, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les*

---

14 *Ibid.* à la p. 6.
15 *Ibid.* à la p. 7.
16 *Ibid.*
17 *Ibid.* à la p. 8.
18 *Ibid.*
19 M. Letendre, C. Sallée et coll., « Genetic Privacy: A Comparative Approach » (14 mars 2003) [non publié], p. 9.
20 *Ibid.* à la p. 15.
21 *Ibid.* à la p. 12.
22 *Ibid.* aux pp. 16-17.
23 Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, entrée en vigueur le 17 avril 1982.
24 L.R.C. 1985, ch. P-21.

documents électroniques[25] fédérale (*PRPDÉ*) et à la législation provinciale[26] touchant le respect de la vie privée et l'accès à l'information.

La *Charte* protège l'attente raisonnable de vie privée d'une personne contre l'intrusion de l'État. La *Charte* s'applique à toute action ou loi gouvernementale, bien qu'elle ne vise pas généralement les actions des particuliers.

Ni la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ni la *PRPDÉ* ne désignent précisément ce qu'est l'« information génétique ». Toutes deux s'appliquent plutôt aux « renseignements personnels » qui pourraient comprendre l'information génétique. Certaines lois provinciales étendent plus explicitement la protection à l'information génétique par l'inclusion, dans la définition de renseignement personnel, d'un « trait héréditaire » ou d'un « renseignement d'ordre génétique »[27].

En matière de discrimination, la législation canadienne sur les droits de la personne peut offrir une certaine protection. À titre d'exemple, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[28] fédérale et les lois provinciales correspondantes sur les droits de la personne protègent les individus contre la discrimination dans l'emploi et la prestation de divers services. Dans l'analyse qui suit, nous verrons si le régime juridique actuel au Canada peut protéger contre la discrimination fondée sur l'information génétique.

5.6 Question 1 : Discrimination

Comme nous l'avons déjà vu, les scientifiques peuvent identifier les susceptibilités de certaines personnes à différentes maladies grâce aux progrès accomplis dans le domaine de la recherche génétique et, partant, prédire leurs prédispositions à cet égard. Ces développements ont donné espoir aux personnes et aux familles génétiquement prédisposées à certaines maladies en rendant possible leur traitement soit pour atténuer la gravité des affections potentielles, soit pour en empêcher la manifestation.

Cependant, l'obtention préalable de renseignements sur le risque de développer une maladie héréditaire peut dans bien des cas mener à la discrimination. Par exemple, les compagnies d'assurance peuvent refuser d'assurer une personne prédisposée à une maladie. De même, il peut être difficile pour les personnes ayant une prédisposition de se trouver un emploi. Dans les secteurs d'activité où il n'est pas rare que les employés bénéficient d'un régime privé de soins médicaux, les employeurs pourraient hésiter à embaucher ou à garder des employés qui, sur le plan héréditaire, risquent de développer une maladie invalidante susceptible d'empêcher leur retour au travail. Les employeurs peuvent simplement refuser d'embaucher ces personnes en raison de ce risque et de ce qu'il pourrait en coûter à leur régime de soins médicaux. Même une fois embauchées, ces personnes peuvent se voir affectées par leur employeur à certains postes en fonction des risques perçus pour la santé, ou encore voir leurs possibilités d'avancement limitées au sein de l'entreprise. Parmi les autres domaines où l'information génétique risque d'être utilisée à des fins discriminatoires, mentionnons l'affectation des ressources dans le domaine des soins de santé, la sélection des immigrants et les décisions relatives à la garde en matière familiale.

Dans cette section, nous commencerons par un bref survol des cadres international et comparatif régissant l'information et la discrimination génétiques. Nous examinerons ensuite les principes sous-tendant l'approche juridique au Canada en matière de discrimination. Enfin, nous analyserons les questions que soulève la discrimination fondée sur l'information génétique dans les contextes de l'emploi et de l'assurance.

5.6.1 Le contexte international

L'information et la discrimination génétiques sont peu traitées en droit international. Cependant, des travaux ont récemment été entrepris en vue d'examiner l'impact des progrès de la génétique. Par exemple, la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*

---

25 L.C. 2000, ch. 5.

26 Dans ce document, les termes « province » et « provincial » visent également les territoires canadiens.

27 Voir la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. F-25; la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* du Manitoba, C.P.L.M. ch. F175; la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1993, ch. 5; la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* du Yukon, L.R.Y. 2002, ch. 1; la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* des Territoires du Nord-Ouest, L.T.N-O. 1994, ch. 20.

28 L.R.C. 1985, ch. H-6.

de l'UNESCO, en 1997, encourage les pays à interdire toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques[29]. Adoptée le 11 novembre 1997, la *Déclaration* reconnaît le droit de chaque individu au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques[30]. L'année suivante, l'Assemblée générale des Nations Unies l'a adoptée[31]. Des travaux ont conduit en Europe à la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*[32] de 1997, qui interdit toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique. Le Canada n'est pas partie à la Convention européenne et, partant, n'est pas lié. Enfin, le 16 octobre 2003, la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO a été adoptée à l'unanimité à la 32e session de la Conférence générale[33]. La *Déclaration* vise à « assurer le respect de la dignité humaine et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation des données génétiques humaines »[34].

5.6.2 La comparaison avec d'autres pays

Plusieurs pays ont abordé la question de la discrimination fondée sur l'information génétique. Par exemple, depuis un certain temps déjà, la France s'est dotée de dispositions législatives interdisant la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques[35].

Aux États-Unis (É.-U.), plusieurs États ont adopté des lois concernant l'utilisation de l'information génétique en milieu de travail et, en 2000, un décret signé par le président Bill Clinton interdisait aux départements fédéraux d'avoir recours à l'information génétique dans toute mesure relative à l'embauche ou à la promotion d'un employé[36]. En outre, le 14 octobre 2003, le Sénat américain a adopté le projet de loi S 1053 interdisant la discrimination fondée sur l'information génétique dans les domaines de l'emploi et de l'assurance-santé[37].

En Australie, la commission de réforme du droit propose d'ajouter à la législation anti-discrimination le motif de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques. L'information génétique fait également l'objet de divers régimes légaux dans d'autres pays comme l'Islande, le R.-U. et l'Inde.

5.6.3 Le contexte canadien

Comprendre la discrimination

La décision de la Cour suprême du Canada (CSC) dans *Law c. Canada*[38], rendue en 1999, traitait de la difficulté de définir le concept de « discrimination » en raison de sa nature abstraite[39]. Cependant, il en ressort clairement toute l'importance de privilégier la réalisation de la dignité humaine, dont le mépris donne lieu à de la discrimination. À cet égard, la Cour a souligné ce qui suit :

> On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne[40].

---

29 *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, 11 novembre 1997, UNESCO, 29e sess. (adoptée à l'unanimité et par acclamation). En droit international, une Déclaration ne lie pas les États parties mais témoigne plutôt de leur adhésion aux principes qui y sont contenus. Pour plus d'information à ce sujet, voir le chapitre 1, *supra*.

30 E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 19.

31 Rés. AG A/RES/53/152, AGNU, 53e sess. (1998).

32 STE nº 164.

33 *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, 16 octobre 2003, UNESCO, 32e sess. (adoptée à l'unanimité et par acclamation).

34 *Ibid.*

35 Voir l'article 16-13 du *Code civil*, Livre 1/Titre 1/Chapitre 2.

36 E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 13.

37 En ligne : http://thomas.loc.gov date de consultation : 14 janvier 2004.

38 [1999] 1 R.C.S. 497 (ci-après « *Law* »).

39 *Ibid.* au par. 52.

40 *Ibid.* au par. 51.

Essentiellement, il y a discrimination lorsque des personnes ou des groupes sont injustement défavorisés par une mesure gouvernementale en raison de leurs caractéristiques personnelles, de manière à porter atteinte à leur dignité humaine. Au Canada, différents mécanismes existent pour le traitement des plaintes pour conduite discriminatoire. La *Charte*, tout comme la législation fédérale et provinciale sur les droits de la personne, accorde une protection contre toute conduite discriminatoire.

La *Charte*

L'article 15 de la *Charte* qui garantit l'égalité accorde à chacun le droit de ne pas faire l'objet de discrimination. L'article est libellé en ces termes :

> 15 (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.
>
> (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Les motifs énumérés à l'art. 15 de la *Charte* ne se veulent pas exhaustifs. Au contraire, la protection contre la discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles vise autant les motifs énumérés à cet article que ceux qui y sont analogues[41].

Si celle-ci se révélait à la suite d'une analyse génétique, la prédisposition d'une personne à une maladie pourrait être assimilée à une déficience mentale ou physique et ainsi se voir accorder la protection prévue à l'art. 15 de la *Charte*. La CSC a déjà eu maintes fois l'occasion de se pencher sur la notion de déficience. Ces décisions reconnaissent essentiellement que la déficience n'est pas simplement définie par rapport à une condition biomédicale, mais qu'elle se mesure également par la réaction de la société face à celle-ci[42]. La Cour a qualifié la déficience en ces termes dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*[43] :

> ... un « handicap » peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs. C'est l'effet de l'ensemble de ces circonstances qui détermine si l'individu est ou non affecté d'un « handicap »...
>
> Il faut préciser qu'un « handicap » n'exige pas obligatoirement la preuve d'une limitation physique ou la présence d'une affection quelconque. Le « handicap » peut être soit réel ou perçu et, puisque l'accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la nature précise du handicap, la cause et l'origine du handicap sont sans importance.[44]

De même, dans *Granovsky c. Canada*[45], la Cour a noté ce qui suit :

> L'analyse de la déficience, fondée sur le par. 15(1), porte véritablement non pas sur les affections en tant que telles, ni même sur des limitations fonctionnelles connexes, mais plutôt sur la réaction problématique de l'État face à l'une ou l'autre de ces situations, ou aux deux à la fois. C'est l'action étatique qui stigmatise les affections ou qui attribue une importance erronée ou exagérée aux limitations fonctionnelles (s'il en est), ou encore qui ne tient pas compte de l'« aspect réparateur important » [référence omise]

---

41 Dans *Corbière c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 13, la Cour suprême du Canada a défini les motifs analogues comme des « caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi ». La Cour a reconnu une gamme de motifs analogues, notamment l'orientation sexuelle (voir *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513) et la citoyenneté (voir *Andrews c. Law Society of Upper Canada*, [1989] 1 R.C.S. 143).

42 N.M. Ries, « Discrimination, Disability and Privacy: Judicial Interpretations and Implications Regarding Use of Genetic Information » (mars 2003) [non publié], p. 14.

43 [2000] 1 R.C.S. 665 (ci-après « *Boisbriand (Ville)* »).

44 *Ibid.* aux par. 79 et 81.

45 [2000] 1 R.C.S. 703 (ci-après « *Granovsky* »).

> ou de l'« objet d'amélioration » du par. 15(1) [référence omise] qui ajoute la dimension, *pertinente sur le plan juridique*, des droits de la personne à ce qui pourrait n'être autrement qu'une simple condition biomédicale[46]. [souligné dans l'original]

L'approche jurisprudentielle actuellement préconisée en matière de déficience dans le cadre de l'art. 15 de la *Charte* peut servir de mécanisme de protection en droit contre la discrimination du gouvernement fondée sur une déficience perçue pour cause de prédisposition génétique.

Législation en matière de droits de la personne

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*[47] offre une protection contre la discrimination dans les matières relevant du champ de compétence du Parlement du Canada, comme les banques et les compagnies aériennes[48]. La *Loi* interdit la discrimination fondée sur la déficience, soit le motif le plus susceptible de viser et de protéger les personnes dont l'information génétique révèle un risque de maladie. Le « rapport La Forest » de l'an 2000, qui entreprenait une révision en profondeur de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, a recommandé que la définition de déficience consignée dans cette *Loi* soit modifiée pour comprendre la prédisposition à une déficience[49]. À l'heure actuelle, la définition de « déficience » contenue dans la *Loi* ne vise pas explicitement une prédisposition à une déficience.

Quant à elles, les provinces ont adopté dans leur champ de compétence des lois visant à protéger contre la discrimination fondée sur une déficience (ou un handicap). Par exemple, le *Code des droits de la personne*[50] de l'Ontario interdit la discrimination dans les domaines de l'emploi, du logement et de la prestation de services.

Les lois ontarienne et néo-écossaise établissent clairement que la protection s'étend à la déficience perçue. En Ontario, l'expression « fondée sur un handicap » signifie en raison de l'existence, présumée ou réelle, de tout degré d'incapacité physique, d'anomalie congénitale ou de maladie. En Nouvelle-Écosse, une déficience physique ou une déficience mentale s'entend notamment d'une déficience perçue à cet égard.

La déficience telle que définie en Alberta, en Saskatchewan et à Terre-Neuve comprend tout degré d'incapacité dû à une anomalie congénitale. Cela pourrait notamment viser une prédisposition à une déficience due à une anomalie congénitale. À l'Île-du-Prince-Édouard, un handicap physique ou mental s'entend d'une incapacité antérieure ou actuelle due à une anomalie congénitale. Cette définition pourrait donner lieu à une interprétation restrictive comprenant une prédisposition à une déficience. La déficience n'est pas définie en Colombie-Britannique ni au Manitoba.

La plupart des provinces accordent une exemption aux compagnies d'assurance qui fondent une exclusion sur des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi pour cause de déficience[51]. Tout comme les lois fédérales, les lois provinciales correspondantes en matière de droits de la personne interdisent toute discrimination fondée sur la « déficience » ou le « handicap ». Et à l'instar de son équivalent applicable au niveau fédéral, cette interdiction engloberait vraisemblablement les prédispositions aux maladies révélées par l'analyse génétique. Il appert cependant qu'aucune loi provinciale ou territoriale n'a, à ce jour, explicitement intégré au terme « déficience » la notion de prédisposition à une maladie.

5.6.4 Les questions soulevées dans le contexte d'emploi

La législation canadienne sur les droits de la personne interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur une déficience ou un handicap[52]. En outre, la *Charte* régit la conduite des gouvernements fédéral et provinciaux en tant qu'employeur. Si on assimilait à une déficience la

---

46 *Ibid.* au par. 26.
47 *Supra* note 28.
48 *Ibid.* à l'art. 2.
49 Canada, Ministre de la Justice et Procureur général du Canada, *Rapport du Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne* (Ottawa : Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 2000) (Président : L'Honorable Gérard V. La Forest) (ci-après le « rapport La Forest »).
50 L.R.O. 1990, ch. H.19.
51 Notamment la Colombie-Britannique, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario, la Saskatchewan, l'Île-du-Prince-Édouard, le Québec et le Yukon.
52 N.M. Ries, *supra* note 42 à la p. 18.

prédisposition génétique à une maladie, on aurait alors un motif de discrimination prévu dans la législation sur les droits de la personne et dans la *Charte*. Cela dit, les lois sur les droits de la personne permettent à un employeur de refuser d'engager une personne s'il est en mesure d'établir l'existence d'une exigence professionnelle justifiée. Si l'employeur peut en établir l'existence, il s'ensuit que la mesure n'est pas discriminatoire au sens de la loi. Le critère relatif à l'existence d'une exigence professionnelle justifiée a été exposé dans deux décisions de la CSC[53].

Il peut y avoir discrimination fondée sur l'information génétique à diverses étapes de l'emploi. Le dépistage génétique est une procédure ponctuelle à laquelle se soumettent les travailleurs pour déterminer l'existence chez eux d'une susceptibilité aux dangers sur les lieux de travail ou leur aptitude à accomplir leurs fonctions[54]. Un employeur peut vouloir recourir au dépistage génétique avant l'embauche, au moment de l'embauche et après l'embauche[55]. Il pourrait en résulter de la discrimination en milieu de travail.

On peut alléguer le caractère discriminatoire des offres d'emploi ou des conditions d'emploi liées à la disposition génétique d'une personne. Cependant, l'employeur peut être en mesure de justifier ces exigences. Si un employeur potentiel ou actuel cherche à limiter les possibilités d'avancement d'un employé en invoquant l'information génétique obtenue grâce au dépistage génétique, il lui incombera d'établir, dès l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination, que ces mesures constituent des exigences professionnelles justifiées.

La discrimination dans l'emploi fondée sur l'information génétique est une possibilité qui existe réellement. Certains ont fait valoir que la législation sur les droits de la personne interdirait la discrimination en matière d'emploi fondée sur une prédisposition réelle ou perçue[56]. Comme nous l'avons déjà souligné, le rapport La Forest de l'an 2000 recommandait que la définition de déficience soit modifiée sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour que la prédisposition à une maladie y soit clairement visée[57]. Cette recommandation s'appliquerait aux matières relevant de la sphère de compétence fédérale. La mise en œuvre d'une telle recommandation n'aurait aucune incidence sur la législation provinciale relative aux droits de la personne. Aucune législation fédérale ou provinciale n'a encore expressément interdit à ce jour la discrimination fondée sur une prédisposition à une maladie.

5.6.5 Les questions soulevées dans le contexte de l'assurance

L'assurance est un contrat entre un assureur et un assuré par lequel l'assureur accepte d'assurer un risque moyennant un paiement de la part de l'assuré[58]. Les compagnies d'assurance assignent un niveau de risque aux individus pour déterminer leur assurabilité et à quel coût, le cas échéant. Les compagnies d'assurance peuvent être plus réticentes à assurer des individus qui souffrent d'une maladie ou qui risquent fort d'en souffrir. En conséquence, l'accès à l'information génétique révélant une prédisposition à une maladie peut jouer un rôle important dans la capacité de ces individus à souscrire une assurance.

L'information génétique peut avoir pour effet d'accentuer l'écart entre ceux qui, en raison de leurs caractéristiques génétiques, ont droit à l'assurance et ceux qui n'y ont pas accès[59]. Il peut également en résulter des primes plus élevées pour ceux qui sont génétiquement prédisposés à contracter une maladie, vu le risque accru qu'ils présentent. Les lois sur les droits de la personne n'interdisent pas la discrimination dans le domaine de l'assurance[60]. Il

---

53 *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après « *Meiorin* »), et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (ci-après « *Grismer* »). Dans *Grismer*, la Cour a exposé au par. 20 le critère de l'exigence professionnelle justifiée comme suit :

(1) La norme discriminatoire est-elle rationnellement liée à l'exécution du travail en cause?;

(2) Le défendeur a-t-il adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser son but?;

(3) La norme est-elle raisonnablement nécessaire à la réalisation du but du défendeur?

54 THINC Health Inc., « Genetic Information: Domestic Health, Insurance, and Employment Sector Issues for the Federal Government. A Report for the Federal Working Group on Genetic Privacy and Information » (mars 2001) [non publié], p. 52-53.

55 *Ibid.* à la p. 53.

56 Voir E. Oscapella, *supra* note 3 aux pp. 26-27; N.M. Ries, *supra* note 42 à la p. 15.

57 *Supra* note 49, recommandation 119.

58 THINC Health Inc., *supra* note 54 à la p. 43.

59 E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 25.

est donc bel et bien possible que le recours à l'information génétique dans ce contexte aura d'importantes répercussions sur la capacité des individus génétiquement prédisposés à une maladie de souscrire une assurance[61]. Qui plus est, l'exigence de divulgation de l'information génétique aux compagnies d'assurance peut mettre un frein au diagnostic précoce des problèmes de santé. Certaines personnes peuvent n'être guère enclines à chercher à connaître leur propre information génétique si elles doivent la révéler aux compagnies d'assurance.

Deux questions se posent, savoir : (1) si dans l'industrie des assurances, le traitement des propositions d'assurance nécessitera l'analyse de l'information génétique et (2) si certaines personnes se verront privées d'assurance en raison de leur information génétique. Les pratiques actuelles dans l'industrie ne démontrent pas que les compagnies d'assurance sont intéressées à faire des tests génétiques un outil de tarification[62]. Il importe de noter que les compagnies d'assurance ont déjà accès à l'information génétique d'une personne puisqu'elles exigent la communication de ses antécédents médicaux familiaux.

Les compagnies d'assurance demandent effectivement que leur soient communiqués les résultats de toute information génétique personnelle préexistante[63]. Il pourrait en être autrement à l'avenir, les progrès technologiques facilitant les tests génétiques et les rendant plus efficaces sur le plan des coûts[64]. Pour l'heure, nous n'en savons pas suffisamment sur les liens entre les gènes d'une personne, son mode de vie et sa santé future. Il peut être inapproprié pour les assureurs d'utiliser les analyses génétiques pour justifier leurs décisions en matière d'assurance.

Au Canada, l'industrie des assurances relève de la compétence provinciale. Dans les provinces de common law, les diverses lois traitant des assurances se ressemblent pour l'essentiel puisqu'elles s'inspirent toutes de la *Uniform Insurance Act* de 1922. Au Québec, seule province civiliste, le *Code civil* crée un cadre juridique similaire.

Aucune loi canadienne ne traite actuellement de la possibilité de discrimination fondée sur la génétique dans le domaine des contrats d'assurance privés[65]. En outre, rien n'empêche actuellement de subordonner à un test génétique l'adhésion à un régime privé de soins de santé ou à une assurance-vie. Toute loi régissant l'industrie des assurances doit respecter la *Charte*.

5.6.6 Les questions soulevées dans d'autres contextes

Comme nous l'avons déjà mentionné, la discrimination fondée sur l'information génétique peut découler de toute une gamme de situations. Par exemple, l'information génétique pourrait être utilisée en droit de l'immigration pour contrôler les personnes cherchant à s'établir au Canada.

Certains auteurs ont également fait valoir la possibilité de discrimination dans le secteur des soins de santé[66]. La répartition par le gouvernement des ressources affectées au système de soins de santé peut aussi soulever des questions de discrimination fondée sur l'information génétique.

Dans le contexte du droit de la famille, la garde et l'adoption des enfants peuvent également être influencées par les renseignements obtenus sur les parents grâce aux tests génétiques[67]. Parmi les autres secteurs susceptibles de poser problème, notons le service militaire et l'accès aux services financiers, tels que le crédit[68].

5.6.7 Conclusion

Au Canada, la discrimination fondée sur une prédisposition à une maladie ne paraît pas faire expressément l'objet d'une interdiction légale. Cela dit, la jurisprudence récente de la CSC étaye la thèse selon laquelle une prédisposition génétique serait visée par le concept de déficience[69]. Il ressort de ces décisions que la notion de déficience ne se limite pas uniquement aux conditions biomédicales, mais doit également englober la perception qu'a la société ainsi que sa réaction face à ces conditions. Dans le rapport La Forest, on a recommandé que la définition de déficience

---

60 *Ibid.* à la p. 13.
61 *Ibid.* à la p. 25.
62 THINC Health Inc., *supra* note 54 à la p. 44.
63 *Ibid.*
64 *Ibid.*
65 *Ibid.* à la p. 49.
66 N.M. Ries, *supra* note 42 aux pp. 21-22.
67 N. Carnadin, « Information génétique : Le cadre juridique interne » (28 février 2003) [non publié], p. 68.
68 Voir E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 25.
69 *Boisbriand (Ville), supra* note 43, et *Granovsky, supra* note 45.

soit modifiée sous le régime fédéral des droits de la personne pour y inclure la prédisposition génétique à une maladie. Bien qu'elle ait été formulée à l'occasion de la révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fédérale, cette recommandation pourrait tout aussi bien valoir pour la législation provinciale en matière de droits de la personne. La protection contre la discrimination fondée sur la génétique s'étendrait ainsi aux provinces et aux territoires canadiens, assurant une cohérence d'un ressort à l'autre.

L'utilisation de l'information génétique dans les secteurs de l'emploi et de l'assurance soulève la possibilité de pratiques discriminatoires. Ce risque vaut également pour d'autres domaines, notamment l'immigration, le droit de la famille et l'accès aux soins de santé. À cet égard, l'utilisation de l'information génétique peut constituer une menace pour le droit fondamental de chacun à l'égalité. Il importe de ne pas perdre de vue les principes relatifs aux droits de la personne dans l'élaboration d'une réponse appropriée en matière juridique, sociale et de politique générale face à ces dangers.

5.7 Question 2: Vie privée

On a défini la notion de vie privée comme [TRADUCTION] « l'accès limité à une personne, son droit de ne pas être importunée et de ne pas divulguer certains renseignements »[70]. La notion de vie privée vise à la fois le droit à la liberté et le droit à l'intimité[71]. La sauvegarde du caractère privé de l'information génétique est très préoccupante, en particulier parce qu'elle concerne des renseignements de nature très personnelle et délicate à propos d'une personne et des membres de sa famille[72]. Les constantes avancées technologiques créent de nouveaux défis pour la protection des renseignements, y compris la protection de l'information génétique.

Le concept de vie privée est étroitement lié à la confidentialité. Cependant, sur le plan conceptuel et à supposer qu'ils soient respectés, ces deux droits offrent une protection différente. Comme nous l'avons déjà souligné, la protection en matière de vie privée tient au fait qu'une personne n'a pas à communiquer à quiconque certains types de renseignements à son sujet. Quant à elle, la confidentialité peut être caractérisée par le fait d'empêcher que des renseignements connus au sujet d'une personne ne soient de nouveau divulgués à un tiers ou utilisés à des fins non autorisées par la personne en cause. Ainsi, alors que les droits à la vie privée concernent l'information qui n'a pas été révélée par d'autres, la confidentialité, elle, empêche une nouvelle divulgation non autorisée de renseignements déjà révélés. Toutes deux visent à protéger les droits à la liberté et à l'intégrité de la personne.

Dans cette section nous examinerons les questions liées à la vie privée et à la confidentialité dans le contexte de l'information génétique. Nous verrons en particulier s'il existe un « droit » de connaître ou de ne pas connaître l'information génétique concernant des proches parents. La possibilité que des membres de la famille aient le droit de connaître cette information entre en conflit avec le droit d'une personne au respect de sa vie privée et avec son droit à la confidentialité de son information génétique.

5.7.1 Le contexte international

Tant de façon générale qu'en relation avec l'information génétique et les renseignements sur la santé, de nombreux documents internationaux reconnaissent le droit à la vie privée et à la confidentialité. L'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dispose que « [n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée »[73]. La *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* de l'UNESCO prescrit que la confidentialité des données génétiques associées à une personne identifiable et conservées à toute fin doit être protégée[74]. De façon analogue, la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO encourage les États à protéger la vie privée des individus et la confidentialité de leurs données génétiques. Cette *Déclaration* prévoit également que l'information génétique ne devrait pas être communiquée à des tiers, sauf pour un motif d'intérêt public important[75].

---

[70] M.A. Rothstein, « Genetic Privacy and Confidentiality: Why They Are So Hard to Protect » (1998) 26 *Journal of Law, Medicine & Ethics* 198.

[71] B.M. Knoppers, « Genetic Privacy: A Policy Approach » (15 avril 2003) [non publié], p. 4.

[72] N.M. Ries, *supra* note 42 à la p. 25.

[73] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 17 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

[74] *Supra* note 29. Voir article 7 de la Déclaration.

[75] *Supra* note 33. Voir article 14 de la Déclaration.

Le droit à la vie privée fait également l'objet de certains documents régionaux. Par exemple, la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[76] prévoit que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé ». La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* de l'an 2000 reconnaît que la protection des données génétiques est un droit fondamental[77].

5.7.2 La comparaison avec d'autres pays

L'Islande a adopté une loi assimilant l'information génétique à des renseignements sur la santé[78]. L'information génétique personnelle des Islandais est également consignée dans des banques de données génétiques, les Islandais étant réputés, de par la loi, y avoir consenti sauf renonciation expresse. Essentiellement, la loi islandaise permet la constitution d'une banque centralisée composée de données personnelles non identifiables pour la promotion des connaissances médicales[79].

La marchandisation par l'Islande de ses « ressources génétiques » n'est pas sans susciter de controverse[80]. Tout d'abord, la banque de données génétiques a été mise sur pied par une entreprise commerciale en collaboration avec le gouvernement, permettant ainsi l'établissement – et par le fait même un quasi-monopole – d'un système de licence où une seule partie peut se voir octroyer une licence[81]. Une autre réserve a été soulevée quant à l'exhaustivité des mesures prises pour rendre l'information non identifiable afin de protéger la vie privée des personnes dont l'information est consignée[82]. La commercialisation des données génétiques suscite tout particulièrement de la controverse du fait qu'une entité privée peut tirer profit des antécédents génétiques et médicaux personnels des Islandais[83]. Le modèle islandais de protection de l'information génétique représente, à n'en pas douter, une approche unique par rapport aux autres États.

5.7.3 Le contexte canadien[84]

Au Canada, le respect de la vie privée est assuré par divers mécanismes découlant notamment du droit constitutionnel, de la législation fédérale et provinciale ainsi que de la common law. La *Charte* constitue une importante garantie juridique en faveur de la protection de la vie privée au Canada. Cependant, ici encore, la *Charte* ne s'applique généralement qu'aux instances mettant en cause une action gouvernementale. Qui plus est, comme les paragraphes suivants le démontreront, la protection offerte par la *Charte* en matière de vie privée est principalement restreinte aux domaines où il existe une « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ».

La *Charte*

À première vue, la *Charte* ne garantit pas un droit à la vie privée : les droits relatifs à la vie privée sont plutôt englobés par les différents droits précisément garantis en vertu de la *Charte*, et en particulier par l'art. 8[85]. On trouve cependant à l'art. 7 une source résiduaire de protection en matière de vie privée. Bien que l'État puisse restreindre ces droits par le truchement de l'article premier de la *Charte*, la restriction d'un droit garanti par la Constitution en vertu de cet article est assujettie à de rigoureuses conditions[86].

L'article 8 de la *Charte* prévoit : « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». La protection ainsi consentie s'applique principalement en matière criminelle. L'article 8 sert à protéger l'attente raisonnable en matière de vie privée des particuliers contre l'intrusion injustifiée de l'État[87]. Pour déterminer si l'art. 8 aura pour effet de protéger un droit à la vie privée, il faut prendre en compte l'objet ou l'information que vise la fouille, la perquisition ou la saisie[88]. Il faut démontrer l'existence d'une attente raisonnable en

---

76. *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, 4 avril 1997, S.T.E. n° 164 (Conseil de l'Europe).
77. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 18 décembre 2000, Journal officiel des Communautés européennes C 364/1.
78. *Act on Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data No 77/2000*.
79. M. Letendre, C. Sallée et coll., *supra* note 19 à la p. 16.
80. *Ibid.* à la p. 6.
81. L. Nelson, « The Icelandic Health Sector Database: Legal and Ethical Considerations » dans T.A. Caulfield et B. Williams-Jones, éd., *The Commercialization of Genetic Research: Ethical, Legal, and Policy Issues* (New York : Kluwer Academic/Plenum Publishers, 1999) 111, p. 111.
82. *Ibid.* à la p. 121.
83. *Ibid.* à la p. 124.
84. Cette section s'inspire principalement du résumé de N.M. Ries, *supra* note 42, envers qui l'auteur est redevable, particulièrement en ce qui concerne le résumé des garanties offertes par la *Charte*.
85. N.M. Ries, *supra* note 42 à la p. 25.
86. E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 10.
87. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160 (ci-après « *Hunter* »).
88. N. Carnadin, *supra* note 67 à la p. 12.

matière de vie privée liée à l'objet ou à l'information en cause pour déclencher l'application de l'art. 8[89]. Les attentes en matière de vie privée varieront selon le contexte. Les tribunaux se sont maintes fois penchés sur la protection de la vie privée dans le cadre de l'art. 8.

Dans *Canadian Aids Society c. Ontario*[90], le juge Wilson, siégeant en première instance, a eu l'occasion de se pencher sur le degré de protection qui s'impose à l'égard de l'information révélée par des échantillons de sang appartenant à une personne qui avait donné du sang à la Croix-Rouge. La Cour a conclu :

> [TRADUCTION]
>
> Les échantillons ont été donnés volontairement. Cependant, le consentement ne visait pas la divulgation des renseignements révélés par le sang aux autorités en matière de santé publique. Le donneur avait une attente raisonnable en matière de vie privée lorsqu'il a fait don de son sang. Les donneurs n'auraient pas pensé qu'ils seraient soumis à une analyse obligatoire et qu'ils feraient l'objet d'un rapport public dix ans après avoir donné du sang.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans trop s'étendre sur le sujet.

Dans *R. c. Plant*[91], la CSC a noté ce qui suit :

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu[92].

Ce passage tend à étayer la thèse selon laquelle, s'agissant de l'« ensemble de renseignements biographiques » d'une personne, l'information génétique serait protégée en vertu de la *Charte*. L'immixtion de l'État à l'égard de ce qu'une personne considère raisonnablement relever de sa vie privée déclencherait l'application de la protection accordée par la *Charte*.

On relève des propos similaires dans *R. c. Dyment*[93], une affaire portant sur le prélèvement d'un échantillon de sang par un médecin qui l'a ensuite remis à un agent de police. Dans cette décision, la CSC a statué qu'un patient jouissait du droit à la confidentialité des renseignements révélés par son échantillon de sang, une substance « personnelle »[94]. Quoi qu'il en soit, cette information ne serait protégée par l'art. 8 de la *Charte* que s'il existait à son égard une attente raisonnable en matière de vie privée.

Dans *Hunter*, la Cour a déclaré :

> La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu'une attente *raisonnable*. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi[95].

Enfin, dans *Dyment*, la Cour a conclu en ces termes :

> Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au

---

89 *Ibid.*

90 *Canadian Aids Society c. Ontario* (1995) 25 O.R. (3d) 388 (Div. Gén.), confirmé par (1996), 31 O.R. (3d) 798 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée (1997), 107 O.A.C. 80.

91 [1993] 3 R.C.S. 281.

92 *Ibid.* à la p. 293.

93 [1988] 2 R.C.S. 417.

94 *Ibid.* à la p. 432.

95 *Hunter*, *supra* note 87 aux pp. 159-160.

> gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique[96].

L'article 7 de la *Charte* est ainsi libellé : « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Bien que ce ne soit pas là la principale source de protection en matière de vie privée en vertu de la *Charte*, cet article offre une certaine protection résiduaire. La CSC a eu maintes fois l'occasion d'examiner cet article à la lumière de la protection de la vie privée.

Dans *R. c. O'Connor*[97], la juge L'Heureux-Dubé a souligné ce qui suit :

> Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la *dignité* et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa *liberté* dans une société libre et démocratique[98]. [je souligne]

L'analyse de la Cour dans *R. c. Mills*[99] est également éclairante :

> Notre Cour considère le plus souvent que les valeurs liées à la protection de la vie privée sont la liberté ou le droit de ne pas être importuné par l'État. [...] Ce droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. [...]
>
> Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements « relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses »[100].

La jurisprudence de la CSC à ce jour établit que, même si la *Charte* n'accorde aucun droit explicite et indépendant à cet égard, des droits en matière de vie privée peuvent être accordés par les art. 7 et 8. C'est plus évident dans le cas de la protection prévue à l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. On ne doit pas cependant perdre de vue que la protection accordée par la *Charte* s'étend aux actions gouvernementales et non à celles des particuliers. Qui plus est, l'attente raisonnable en matière de vie privée d'une personne doit être démontrée pour que s'appliquent les droits accordés par l'art. 8. En outre, la jurisprudence précitée et les droits connexes qui y sont énoncés s'inscrivent surtout dans le contexte criminel. Il faut garder ces considérations à l'esprit lorsqu'il s'agit de savoir si les garanties offertes par la *Charte* s'appliqueraient à l'information génétique dans un contexte autre que criminel.

La législation en matière de vie privée

La collecte, l'usage, la communication et la conservation des renseignements personnels par les gouvernements fédéral et provinciaux sont régis au Canada par la législation en matière de vie privée. Au fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit un cadre législatif visant la protection des renseignements dont dispose le gouvernement fédéral[101]. Sous le régime de la Loi, les renseignements personnels s'entendent des « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable »[102]. On compte notamment à ce titre les empreintes digitales et le groupe sanguin d'une personne, ainsi que ses antécédents médicaux. La portée des renseignements personnels protégés par la Loi a été interprétée de manière large. Dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*[103], la CSC a statué :

> Gardant à l'esprit ces principes généraux, je vais maintenant examiner si les renseignements demandés par l'appelant sont des renseignements personnels au

---

[96] *Dyment*, *supra* note 93 aux pp. 427-428.
[97] [1995] 4 R.C.S. 411.
[98] *Ibid.* à la p. 487.
[99] [1999] 3 R.C.S. 668.
[100] *Ibid.* aux pp. 721-722.
[101] La *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique aux institutions fédérales désignées dans l'annexe.
[102] *Supra* note 24. Voir art. 3.
[103] [1997] 2 R.C.S. 403.

sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La disposition liminaire de cet article définit l'expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. [La] formulation de cet article est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus » . Elle semble destinée à viser *tout* renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d'exceptions précises[104].

La CSC a préconisé une interprétation large de ce qui constitue un renseignement personnel sous le régime de la loi fédérale en matière de vie privée[105]. L'information génétique pourrait ainsi être visée.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* comprend un *Code de pratiques équitables en matière de renseignements* qui traite de la collecte, de la conservation, de l'exactitude, de l'usage et de la communication des renseignements personnels par les institutions fédérales assujetties à la Loi. Le Code oblige l'institution fédérale à :

- ne recueillir que les renseignements personnels qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités (art. 4);

- recueillir auprès de l'individu les renseignements personnels le concernant et l'informer des fins auxquelles ils sont destinés, sauf si cela donne lieu à une collecte de renseignements inexacts ou si cela contrarie les fins ou compromet l'usage auxquels les renseignements sont destinés (art. 5);

- conserver les renseignements personnels utilisés à des fins administratives pendant une période, déterminée par règlement, suffisamment longue pour permettre à l'individu d'exercer son droit d'y accéder (art. 6);

- veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements personnels qu'elle utilise à des fins administratives soient à jour, exacts et complets (art. 6);

- sauf en l'absence du consentement de la personne concernée, utiliser les renseignements personnels pour les fins auxquelles ils ont été recueillis, pour les usages qui sont compatibles avec ces fins ou pour les fins auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu de l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (art. 7);

- ne communiquer les renseignements personnels qu'avec le consentement de l'individu concerné, sauf s'il s'agit de l'un des treize cas autorisés conformément à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (art. 8).

Outre la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *PRPDÉ* fédérale établit une norme nationale de protection des données applicable à tous les secteurs en plus d'étendre au secteur privé canadien les *pratiques équitables en matière de renseignements*[106]. La *PRPDÉ* reconnaît le caractère personnel du « renseignement sur la santé ». Comme le décrit N. Carnadin :

> [TRADUCTION]
>
> Au par. 2(1) et pour l'application de la Partie 1, un « renseignement personnel sur la santé » renvoie à la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Le « renseignement personnel sur la santé » concerne un individu, vivant ou décédé, et comprend les renseignements relatifs à ce qui suit : sa santé physique ou mentale, la prestation des services de santé et tout renseignement recueilli dans le cadre de celle-ci, le don des parties du corps ou des substances corporelles et tout renseignement ou test en découlant, ainsi que tout renseignement recueilli fortuitement. Bien que la définition générale du

---

104 *Ibid.* aux par. 68 et 69. Bien que cet extrait soit tiré des motifs de la minorité, les juges majoritaires ont expressément indiqué qu'ils souscrivaient à cette interprétation de la Loi (par. 1).

105 Cette interprétation large a depuis été confirmée par la CSC dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, (2002) CSC 53, et dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la GRC)*, (2003) CSC 8.

106 THiNC Health Inc., *supra* note 54 à la p. 19. Cette Loi établit les règles de base permettant aux organismes du secteur privé de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels dans le cadre de leurs activités commerciales (voir article 4).

> renseignement personnel sur la santé dans la *PRPDÉ* ne comprenne pas le terme « information génétique », la protection relative à l'information génétique d'un individu y est clairement visée[107].

Sous le régime de la *PRPDÉ*, les organisations sont tenues d'obtenir le consentement de l'individu dont les renseignements personnels sont recueillis, utilisés ou communiqués, sauf si l'une des exceptions s'applique.

L'adoption envisagée de la *Loi sur la procréation assistée*[108] (projet de loi C-13) est un exemple notable de la volonté du gouvernement fédéral de légiférer en matière de renseignements personnels sur la santé et de protection de la vie privée. Bien qu'il soit mort au Feuilleton avec la prorogation du Parlement le 12 novembre 2003, le projet de loi C-13 prévoyait un mécanisme de protection de la confidentialité qui aurait été applicable aux renseignements personnels sur la santé – notamment l'information génétique – recueillis par des cliniques de traitement de l'infertilité et conservés par un organisme fédéral. Le projet de loi C-13 aurait régi l'obtention, la conservation, l'utilisation et la communication des renseignements médicaux personnels. Il reste à voir si ce projet de loi ou un autre texte de loi similaire en matière de procréation assistée sera présenté de nouveau. Même si le projet de loi C-13 n'a pas été adopté, il n'en reste pas moins que certaines lois fédérales protègent le caractère privé de l'information génétique.

Les provinces assurent une protection en matière de vie privée par l'entremise des lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Chaque loi provinciale définit ce qu'il faut entendre par renseignement personnel, bien qu'il n'y soit jamais précisément question d'« information génétique »[109]. En dépit de cela, l'inclusion dans cette définition (renseignement personnel) de l'information relative au groupe sanguin, aux empreintes digitales et aux traits héréditaires d'une personne, ainsi qu'aux renseignements sur sa santé, indique que l'information génétique y est également visée[110].

En outre, quatre provinces ont ajouté à leurs lois en matière de protection de la vie privée le délit civil d'atteinte à la vie privée[111]. Un individu peut ainsi demander réparation en droit sans devoir établir l'existence d'un préjudice s'il y a atteinte à sa vie privée contre son gré[112]. Ce délit vise les atteintes à la vie privée commises dans le secteur privé provincial[113].

5.8 Les questions soulevées par le « droit » de savoir ou de ne pas savoir

Il va sans dire qu'une personne possède un intérêt dans les résultats de son test génétique. En effet, le fait même qu'elle ait consenti à se soumettre au test implique qu'elle est en droit d'en connaître les résultats. On pourrait soutenir que cela vaut également pour la personne qui a dû se soumettre à un test génétique – par exemple lorsqu'il s'agissait d'une condition d'emploi. Les personnes qui ne souhaitent pas connaître leur information génétique ne devraient pas en être informées. Rendre obligatoires ces tests génétiques porterait vraisemblablement atteinte aux principes de l'autonomie de l'individu[114]. En fait, l'article 10 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO consacre le droit des individus de décider d'être informés ou non des résultats des tests effectués aux fins de la recherche médicale et scientifique[115].

La notion d'un « droit » de savoir ou de ne pas savoir devient d'autant plus controversée lorsque ce sont des proches parents qui le réclament relativement aux résultats des tests génétiques d'un membre de la famille. Un individu ayant un proche parent dont les tests ont révélé une prédisposition à une maladie génétique a-t-il le « droit » d'en être informé? De plus, qu'en est-il si une des parties est mineure[116]? Devrait-on accorder aux individus un droit comme tel ou serait-il plus judicieux de reconnaître au cas par cas, pour des raisons de politique générale, le droit d'un individu de connaître les résultats des tests d'un proche parent?

---

[107] N. Carnadin, *supra* note 67 à la p. 22.
[108] Projet de loi C-13, *Loi sur la procréation assistée*, 2e sess., 37e lég., 2002-2003.
[109] N. Carnadin, *supra* note 67 aux pp. 28-29.
[110] *Ibid.* à la p. 29.
[111] La Colombie-Britannique, la Saskatchewan, le Manitoba et Terre-Neuve et Labrador ont créé ce délit d'origine législative.
[112] N. Carnadin, *supra* note 67 à la p. 34.
[113] *Ibid.* à la p. 39.
[114] E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 21.
[115] *Supra* note 33. Voir article 10.
[116] E. Oscapella, *supra* note 2 à la p. 22.

5.8.1 Le contexte international

Des organismes internationaux et certains pays se sont intéressés à la question de l'accès aux résultats des tests de proches parents. À l'instar de l'Organisation du génome humain et de l'Organisation mondiale de la Santé, l'Association médicale mondiale a proposé que l'information génétique d'une personne ne soit communiquée à un proche parent que dans des circonstances exceptionnelles[117]. Cette information ne serait divulguée exceptionnellement qu'en cas de décès de l'individu dont l'information génétique est recherchée[118]. Parmi les cas exceptionnels, notons celui où l'information pourrait sauver la vie d'un parent ou éviter de graves problèmes[119]. L'Association médicale mondiale a parlé d'un « droit » de connaître l'information génétique d'un membre de la famille, bien que ce droit ne soit pas à proprement parler exécutoire. En ce sens, le droit énonce un impératif moral.

La *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO prescrit que les données génétiques d'une personne ne devraient pas être communiquées ni rendues accessibles à des tiers. Il existe toutefois quelques exceptions à cette règle. L'alinéa 14*b*) est ainsi libellé :

> Les données génétiques humaines, les données protéomiques humaines et les échantillons biologiques associés à une personne identifiable ne devraient pas être communiqués ni rendus accessibles à des tiers, en particulier des employeurs, des compagnies d'assurance, des établissements d'enseignement ou la famille, si ce n'est pour un motif d'intérêt public important dans des cas restrictivement prévus par le droit interne en conformité avec le droit international des droits de l'homme, ou encore sous réserve du consentement préalable, libre, éclairé et exprès de la personne concernée, à condition que ce consentement soit conforme au droit interne et au droit international des droits de l'homme. La vie privée d'un individu qui participe à une étude utilisant des données génétiques humaines, des données protéomiques humaines ou des échantillons biologiques devrait être protégée et les données traitées comme confidentielles[120].

La communication des données génétiques n'est donc autorisée qu'en présence d'un consentement préalable et éclairé ou d'un motif d'intérêt public important prévu par le droit interne en conformité avec les principes du droit international des droits de l'homme. La *Déclaration* ne crée pas à proprement parler un « droit » d'accès à l'information génétique des proches parents.

5.8.2 La comparaison avec d'autres pays

En Australie, il ressort de la *National Statement on Ethical Conduct in Research Involving Humans* du National Health and Medical Research Council que le consentement doit avoir été obtenu préalablement à la divulgation de l'information génétique d'un membre de la famille, sauf dans deux cas : a) lorque l'individu concerné est décédé, l'information peut être révélée à son époux/épouse ou à l'aîné(e) de ses proches parents; et b) lorsque les membres de la famille sont exposés à un risque élevé de maladie grave[121]. Le modèle australien préconise une approche à la divulgation fondée sur l'intérêt public plutôt que sur un droit.

La situation est plus restrictive au R.-U., où la famille ne peut avoir accès à l'information génétique d'une personne – donnée confidentielle – qu'avec le consentement de celle-ci[122]. Aucune loi ne prévoit expressément un droit de « savoir ». La Human Genetics Commission a indiqué que les membres de la famille pouvaient dans certains cas avoir le droit de savoir, ce droit pouvant parfois être un droit moral à défaut d'être un droit légal[123].

Les É.-U. ont légiféré dans ce domaine en permettant dans de rares cas, notamment en situation d'urgence, la divulgation des renseignements médicaux d'une personne sans son consentement lorsque la loi prévoit l'obligation de la traiter ou lorsqu'il existe d'importants obstacles à la

---

[117] Voir M. Letendre, C. Sallée et coll., *supra* note 19 aux pp. 74-75.
[118] *Déclaration de l'Association Médicale Mondiale sur les Droits du Patient*, septembre/octobre 1981, AMM, 34e Assemblée de l'Association médicale mondiale et amendée par la 47e Assemblée générale. Voir article 8.
[119] M. Letendre, C. Sallée et coll., *supra* note 19 à la p. 75.
[120] Alinéa 14*b*), *supra* note 30.
[121] M. Letendre, C. Sallée et coll., *supra* note 19 à la p. 76.
[122] *Ibid.* à la p. 79.
[123] *Ibid.*

communication[124]. L'accès à l'information génétique n'est donc pas un droit garanti.

En Inde, le Indian Council of Medical Research considère qu'il incombe aux membres de la famille d'informer ceux qui s'exposent à un degré élevé de maladie[125]. Par conséquent, l'approche indienne s'inscrit dans un cadre strictement éthique plutôt que juridique.

Enfin, en France, des discussions sont en cours sur l'opportunité d'adopter une loi enjoignant à une personne de révéler son information génétique à son entourage familial si elle apprend qu'elle a une prédisposition à une maladie[126]. De tous les pays dont il a été question, l'approche française serait la plus attentatoire au droit à la vie privée.

Il ressort des contextes international et comparatif que personne n'a le « droit » de connaître l'information génétique d'un proche parent. L'approche préconisée par certains pays qui consiste à permettre un accès limité à l'information génétique de proches parents paraît être fondée sur des considérations de politique générale ancrées dans des impératifs moraux plutôt que sur des droits. En règle générale, la présomption veut que l'information génétique d'une personne demeure confidentielle, la divulgation n'étant permise qu'exceptionnellement lorsque les considérations de politique générale le justifient, comme en matière de santé et de sécurité.

5.8.3 Le contexte canadien

Les Canadiens n'ont pas le droit d'obtenir l'information génétique d'un membre de leur famille qui pourrait révéler une prédisposition à une maladie. Le cadre législatif au Canada, qui comprend la législation en matière de protection de la vie privée à tous les paliers de gouvernement ainsi que la *Charte*, ne prévoit pas expressément un tel droit. Cette question ne semble pas non plus avoir été traitée par la jurisprudence.

S'il est présenté de nouveau et s'il est adopté, le projet de loi C-13 permettrait la divulgation de renseignements médicaux personnels au sujet d'un donneur de matériel reproductif humain (ou d'un embryon in vitro) aux individus utilisant son matériel génétique dans le cadre d'une technique de procréation assistée, à tout enfant conçu grâce au matériel génétique du donneur ou à la progéniture de la personne ainsi conçue. Le projet de loi C-13 ne permettrait cependant pas la divulgation de l'identité du donneur sans son consentement écrit[127]. Ces dispositions auraient essentiellement accordé un « droit » légal de savoir très limité aux personnes utilisant du matériel reproductif donné ou un embryon in vitro, ou aux personnes conçues grâce à eux.

Au Canada, aucune province or territoire n'a adopté de loi imposant une obligation légale aux individus ou aux professionnels de la santé de prévenir les membres de la famille des résultats des tests génétiques[128]. À proprement parler, une telle loi ne créerait pas un droit de savoir, mais imposerait plutôt une obligation de divulgation, laquelle mettrait en cause l'art. 8 de la *Charte* et devrait en respecter les préceptes.

La législation canadienne n'est pas ouvertement fondée sur une approche déontologique à la divulgation des renseignements personnels, ni ne prévoit l'idée d'un « droit » de savoir. Cela dit, elle permet parfois la divulgation des renseignements au nom de l'intérêt public.

À titre d'exemple, la loi albertaine relative à la protection de la vie privée permet la divulgation de renseignements personnels si la santé et la sécurité du public, d'un groupe ou d'un individu en particulier sont gravement menacées[129]. De manière analogue, la divulgation est autorisée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* fédérale lorsque des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée[130]. Ces exemples ne révèlent pas l'existence d'un droit en soi, mais visent plutôt les cas où la protection de santé publique justifie la divulgation des renseignements personnels.

---

[124] *Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information*, Code of Federal Regulations, Title 45, CFR 164.506, Washington D.C., 14 août 2002, en ligne : http://www.ihs.gov/generalweb/webapps/sitelink/site.asp?link_hhs=%20; http://www.cms.hhs.gov/hipaa/hipaa2/default.asp

[125] M. Letendre & C. Sallée *supra* note 19 aux pp. 82-83.

[126] « CCNE : Avis sur l'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale » *Génèthique* 46 (octobre 2003) en ligne http://www.genethique.org.

[127] *Supra* note 108 au par. 18(3).

[128] B.M. Knoppers, *supra* note 71 à la p. 18.

[129] Alberta *supra* note 27. Voir les par. 17(1) et 32(1).

[130] *Supra* note 24. Voir le sous-al. 8(2)*m*(i).

5.8.4 Conclusion

À l'heure actuelle, au Canada, personne ne jouit du droit d'accéder à l'information génétique d'un proche parent[131], ni de savoir qu'il risque d'avoir une prédisposition génétique à une maladie du simple fait que le test d'un proche parent a révélé une susceptibilité. Il appert au contraire que l'information génétique d'une personne serait protégée par la Constitution et par la législation canadienne en matière de vie privée et que toute divulgation non autorisée, fût-elle au bénéfice d'un proche parent, peut donner lieu à une poursuite.

L'approche préconisée par d'autres pays et sur le plan international varie. Les modèles australien et américain ont tendance à faire primer l'autonomie de la personne sur celle des membres de la famille qui invoquent le droit de savoir. La démarche envisagée en France fait primer le droit des membres de la famille de savoir.

Cette question touche manifestement aux droits de la personne. Jusqu'à présent, le législateur canadien n'a pas traité du « droit » de savoir. Nous verrons si cet intérêt de savoir deviendra en soi un droit indépendant.

5.9 Les questions relatives à la confidentialité

L'analyse qui précède fait ressortir qu'en règle générale, une personne a le droit à la confidentialité de son information génétique. Aucune divulgation aux membres de la famille n'est permise. La jurisprudence fondée sur la *Charte* concernant le droit à la vie privée et les intérêts en jeu, soit l'autonomie, la liberté et la dignité, donne à penser que les droits à la vie privée et à la confidentialité seraient protégés s'ils étaient menacés par une mesure gouvernementale. Outre ce contexte, d'autres mesures de protection existent au Canada pour assurer le caractère confidentiel de l'information génétique. Les protections ainsi consenties s'appliquent dans divers contextes, notamment en droit criminel, dans le domaine des soins de la santé et dans le contexte commercial, soit à l'occasion de la collecte ou de la divulgation des renseignements.

Le *Code criminel* (le *Code*)[132] prévoit la délivrance d'un mandat autorisant le prélèvement d'échantillons d'ADN pour certaines infractions désignées. Cependant, le *Code* prescrit également que toute information ainsi obtenue ne peut servir qu'à des fins d'analyse génétique[133]. En fait, constitue une infraction criminelle l'utilisation de ces échantillons à des fins autres que celles prévues au *Code*[134].

Dans le contexte des soins de la santé, il existe en common law un devoir de préserver le caractère confidentiel des renseignements. Dans *McInerney c. MacDonald*[135], la CSC a statué que le devoir du médecin d'agir en toute bonne foi, avec le plus grand dévouement, et de préserver le caractère confidentiel des renseignements obtenus d'un patient ou à son sujet découlait de la relation particulière médecin-patient[136]. Sauf circonstances exceptionnelles, ce devoir protège les individus contre la divulgation de leurs renseignements personnels à des fins non autorisées, y compris l'information génétique.

Ce devoir qu'impose la common law n'existe pas dans le contexte de l'information génétique détenue par des organisations commerciales. À cet égard, c'est la législation fédérale, provinciale et territoriale régissant la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels sur la santé qui s'applique. La Partie 1 de la *PRPDÉ* vise les renseignements personnels – y compris les renseignements personnels sur la santé – que recueillent, utilisent ou communiquent les organisations du secteur privé dans le cadre de leurs activités commerciales.

Depuis le 1er janvier 2004 et grâce au pouvoir du gouvernement fédéral en matière d'échanges et de commerce (prévu au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), la *PRPDÉ* s'applique à toute organisation qui recueille, utilise ou communique des renseignements personnels – y compris des renseignements personnels sur la santé - dans le cadre d'activités commerciales.

---

[131] B.M. Knoppers, *supra* note 71 à la p. 19. De plus, il appert qu'il n'existe aucune obligation légale de mise en garde. La professeure Knoppers a indiqué que, présentement, [traduction] « toute "obligation" de mettre en garde les membres de la famille à risque relèverait de la déontologie professionnelle et non de la loi ». Elle souligne cependant que l'accès aux données génétiques des membres de la famille décédés devrait être inscrit dans la loi.

[132] L.R.C. 1985, ch. C-46. Les dispositions relatives à la preuve d'ADN se trouvent aux art. 487.04 à 487.092.

[133] *Ibid.* au par. 487.08(1).

[134] *Ibid.* au par. 487.08(4).

[135] [1992] 2 R.C.S. 138.

[136] *Ibid.* aux par. 20-22.

Cependant, si une province a adopté une loi essentiellement similaire et que celle-ci a été exclue par décret du gouverneur en conseil, l'application de la *PRPDÉ* serait suspendue dans cette province à l'égard de la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels. À ce jour, seule la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* du Québec a été présumée essentiellement similaire en vertu de ce décret (voir le *Décret d'exclusion visant des organisations de la province de Québec*, C.P. 2003-1842, 19 novembre 2003). Par conséquent, seules les organisations situées au Québec sont exclues de l'application de la *PRPDÉ* depuis le 1er janvier 2004.

Il y a lieu de noter que, si elle protège le droit d'une personne à la confidentialité de ses renseignements personnels sur la santé, la *PRPDÉ* se limite aux renseignements obtenus dans le cadre d'« activités commerciales ».

5.9.1 Conclusion

Au Canada, le droit d'une personne à la confidentialité de ses renseignements personnels, notamment celui de voir le caractère confidentiel de son information génétique protégé, est consacré par la *Charte*, la common law et d'autres lois. Les mécanismes juridiques assurant la protection de la confidentialité permettent le respect des droits fondamentaux de la personne, y compris le droit à la protection contre l'atteinte arbitraire à sa vie privée. Compte tenu de l'importance de la génomique dans la société, le GT a recommandé que des politiques soient élaborées relativement à la collecte, au traitement, à la conservation, à l'utilisation et à la gestion de l'information génétique humaine détenue par le gouvernement fédéral.

5.10 Les lacunes du cadre applicable aux droits de la personne

Comme il en a déjà été question, le rapport La Forest comprend une recommandation portant que la législation canadienne sur les droits de la personne vise expressément une prédisposition génétique à une maladie. Bien qu'on ait fait valoir que la jurisprudence récente au Canada pouvait offrir une protection suffisante contre la discrimination fondée sur l'information génétique, il n'existe aucune protection expresse en ce sens. Le régime juridique souffre peut-être, à cet égard, d'une lacune dans sa capacité d'offrir une protection dans le domaine de l'information et de la discrimination génétiques.

Dans le contexte de l'assurance, l'utilisation de l'information génétique par les assureurs pour décider d'assurer un risque peut avoir des répercussions sur l'accès aux ressources dans le domaine de la santé. Rendre obligatoire la communication de l'information génétique connue aux compagnies d'assurance peut se traduire par un refus de se soumettre aux tests génétiques, lequel refus peut, à son tour, avoir des effets préjudiciables sur la santé des personnes qui pourraient autrement se faire soigner. L'information génétique et son utilisation dans le secteur de l'assurance peut soulever de nombreuses questions liées aux droits de la personne. Tout comme en matière d'emploi, peu de décisions ont été rendues à ce jour sur cette question. Il importera d'aborder ces domaines en gardant à l'esprit les principes traditionnels des droits de la personne tels que l'égalité, la sécurité de la personne et l'autonomie.

La possibilité de discrimination s'étend à une sphère beaucoup plus large que les domaines de l'emploi et de l'assurance, notamment au droit de la famille, au droit de l'immigration et au droit de la santé. Le fait que l'on se soit si peu intéressé au thème de l'information génétique et à son interaction avec ces domaines du droit s'explique nécessairement aussi par une conception encore largement rudimentaire des questions liées aux droits de la personne dans ces domaines. Il faudra à l'avenir y porter une attention particulière.

En droit canadien, il n'y a pas de réponse claire à la question de savoir si un proche parent a le « droit » de connaître l'information génétique d'un membre de sa famille qui apprend qu'il a une prédisposition génétique à une maladie. Cette question englobe des considérations touchant les droits de la personne qui peuvent être traitées sous l'angle de l'intérêt public ou, subsidiairement, par l'adoption d'une démarche fondée sur les droits ou sur le devoir.

5.11 Conclusion

Les questions de portée nationale et internationale liées aux droits de la personne en matière d'information génétique continueront de se poser à mesure qu'évolueront nos connaissances et l'utilisation subséquente de l'information génétique au sein de la société. Il va sans dire que notre conception des droits fondamentaux de la personne – tels que le droit à la vie privée, à l'égalité et à la sécurité de la personne – s'élargira avec la reconnaissance du rôle accru que joue l'information génétique dans la société. De plus, d'autres droits de la personne consacrés dans des documents internationaux, dont le droit de profiter des connaissances scientifiques et le droit à la santé, se développeront sans doute suivant la manière dont nous concevons l'information génétique.

L'évolution des droits sera largement tributaire de la manière dont les sociétés choisissent de réagir aux questions sociales et déontologiques complexes dont sont porteuses les avancées en génomique. À l'heure actuelle, le discours sur les droits de la personne dans ce domaine n'en est qu'à ses balbutiements. Pourtant, comme ce chapitre en témoigne, il y a une reconnaissance du fait que la disponibilité et l'utilisation de l'information génétique mettent en cause les droits à l'égalité et à la vie privée, points de départ utiles pour un développement continu dans ce domaine.

Gouvernement du Canada
Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 6

Droits de la personne et brevetage

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Chapitre 6

Table des matières

6.1 Introduction 6–1

6.2 Renseignements de base 6–2

6.3 Droits de propriété à l'égard du corps humain 6–8

6.3.1 Le principe de la dignité humaine 6–10
6.3.2 Analyse 6–11
6.3.3 Conclusion 6–13

6.4 Brevets et droits de la personne 6–14

6.4.1 Instruments internationaux et régionaux 6–14
6.4.2 L'état du droit dans d'autres pays 6–21
6.4.3 Le Canada 6–33
6.4.4 Doctrine et commentaires 6–41
6.4.5 Analyse 6–44

6.6 Le brevetage d'un embryon humain in vitro soulève-t-il des questions en matière de droits de la personne? 6–52

6.6.1 Instruments internationaux et régionaux 6–52
6.6.2 L'état du droit dans d'autres pays 6–54
6.6.3 Le Canada 6–55
6.6.4 Analyse 6–57

6.7 Conclusion 6–58

Chapitre 6

Droits de la personne et brevetage

Judy Hunter

6.1 Introduction

Or, en pareille circonstance, je l'avoue franchement, je n'aimerais pas à être… dispersé : une partie de moi-même ici, une autre en tel endroit; je voudrais me réunir, comme il convient à une gentleman[1].

Un brevet est un monopole accordé par l'État à un inventeur (titulaire du brevet) qui assure à ce dernier le droit exclusif de fabrication, d'utilisation, de vente ou d'importation de l'invention brevetée pendant une période donnée[2]. En échange de ce droit, le titulaire du brevet doit divulguer publiquement son invention en en donnant une description complète.

Les inventions brevetées composées de matériaux non vivants, tels que le bois ou le métal, soulèvent rarement de controverses pour ce qui est de leur contenu. À partir des années 80, cependant, les demandes de brevet et les subventions concernant du matériel vivant, tel que des micro-organismes et du matériel biologique humain, ont commencé à attirer l'attention et à susciter des préoccupations d'ordre éthique, moral et juridique.

Plus récemment, les progrès en biotechnologie et l'achèvement du Projet du génome humain (PGH) ont contribué à augmenter considérablement le nombre de brevets délivrés pour du matériel humain, notamment pour des séquences (gènes) d'acide désoxyribonucléique humain (ADN). Au cours de la dernière décennie, des particuliers et des organisations ont commencé à émettre des réserves quant à l'idée d'octroyer à un seul propriétaire (souvent une grande société) des droits de propriété sur du matériel humain[3].

Le présent chapitre traite de la question de savoir si la délivrance de brevets dans le domaine de la biotechnologie soulève des questions relatives aux droits de la personne. Nous discuterons entre autres des droits de propriété sur le corps et le matériel qui en est extrait, notamment des lois et de la common law. Nous présentons trois scénarios hypothétiques, dans le cadre desquels la question du brevetage et des droits de la personne est analysée. Le chapitre commence par des renseignements de base sur les brevets et explique brièvement les connaissances scientifiques et techniques liées à l'étude et au brevetage du matériel humain, dont les gènes.

(Les auteurs aimeraient remercier Ray MacCallum, Laura Farquharson (tous les deux avocats à la SDP), Elisabeth Eid (avocate générale/directrice, SDP) et Stan Benda (conseiller juridique, Droit réglementaire), qui ont examiné les ébauches et fourni de précieux commentaires et suggestions. Nous sommes également redevables à Katherine van Heughten (avocate, Services juridiques de Santé Canada) et à Robert Borland (stagiaire en droit) pour leurs recherches et travaux préliminaires.)

1 Charles Dickens, *L'ami commun* (Paris, Hachette, 1885), p. 79. Michelle Bourianoff, "Personalizing Personality: Toward a Property Right in Human Bodies" (1990) 69 Tex. L. Rev. 209.

2 David Young *et al.*, *Terrell on The Law of Patents*, 14th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1994), p. 1.

3 Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA : a discussion paper* (Nuffield Council on Bioethics: London, 2002), p. 5.

6.2 Renseignements de base

Brevets

La réglementation par l'État des inventions au moyen de brevets est une pratique de longue date dont les origines sont assez nébuleuses. Même si l'on connaît mal leur histoire, les brevets sont considérés comme la plus ancienne forme de propriété intellectuelle[4]. Certaines personnes croient que la délivrance de brevets a débuté par un décret vénitien datant de 1474[5]. Les origines du système de brevets britannique remontent au « Monopoly System » instauré sous le règne de la reine Élizabeth I[6].

Au Canada, un régime de brevets fondé sur la loi existait au Haut et au Bas-Canada avant la Confédération. La *Loi constitutionnelle de 1867* au Canada a conféré un pouvoir législatif exclusif sur les brevets au Parlement fédéral[7]. Aujourd'hui, les brevets canadiens sont délivrés par le commissaire des brevets conformément à la *Loi sur les brevets* pour [Traduction] « toute machine, tout produit, tout procédé nouveau, utile et non évident[...] ou toute amélioration apportée à la technologie existante »[8].

Chaque pays accorde des droits de brevet selon ses propres règles ou systèmes intégrés dans sa législation interne[9]. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) cherche à promouvoir le respect, l'utilisation et la protection de formes de propriété intellectuelle, comme les brevets. L'OMPI est une organisation internationale qui relève des Nations Unies. L'un de ses objectifs est de favoriser la coopération administrative entre les États membres. En outre, des organisations dans le domaine du commerce international, comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ont tenté d'introduire, par le biais de l'Accord sur les ADPIC concernant la propriété intellectuelle, certaines règles internationales communes que doivent respecter les États membres.

Il importe de souligner qu'un brevet ne donne pas à son titulaire le droit automatique de fabriquer, d'exploiter, de vendre ou d'importer une invention. D'autres lois internes peuvent obliger le titulaire à faire approuver l'invention avant que celle-ci ne puisse se retrouver sur le marché. Un brevet confère à son titulaire un droit exclusif[10]. C'est en quelque sorte une façon dont la société récompense l'inventivité d'un inventeur : ce qu'on pourrait qualifier de « marché soigneusement conçu » ou d'entente sociale entre l'inventeur et la société[11]. Un régime de brevets sert dans un certain sens l'intérêt public en encourageant l'invention et la diffusion des inventions de même que la communication et l'approfondissement des connaissances, en échange du droit exclusif d'exploiter, de fabriquer, de vendre ou d'importer l'invention pendant une période limitée, habituellement 20 ans[12].

Biotechnologie et brevets

Dans le passé, les procédés et méthodes biochimiques en agriculture n'avaient pas le droit d'être protégés par des brevets parce qu'ils étaient considérés comme de simples découvertes. Toutefois, le mariage de la biologie et de la technologie a donné naissance à des méthodes ou à des procédés qui étaient tellement différents de ce qui était considéré comme « naturel » que les tribunaux ont commencé à confirmer le bien-fondé des brevets s'y rapportant dans les années 60 et 70[13].

Aujourd'hui, des demandes de brevet sont déposées pour des animaux entiers, comme l'oncosouris de Harvard, des plantes entières, des gènes incorporés dans un animal ou une plante, de même que pour des parties du corps humain, ce qui suscite de nouvelles craintes. L'expansion continue de l'industrie de la biotechnologie et la mise au point subséquente de nouveaux produits, à l'aide de procédés biologiques ou d'organismes vivants, nous amènent à nous demander si certains produits ou procédés peuvent ou devraient faire l'objet d'un brevet.

---

4 The Australian Law Reform Commission, *Intellectual Property Rights Over Genetic Materials and Genetic and Related Technologies* (Canberra : Department of Communications, Information Technology and the Arts, 2004), p. 41.

5 David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyrights, Patents and Trade-Marks* (Concord, Ontario: Irwin Law, 1997), p. 1.

6 Young, note 2, p. 2.

7 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31, Victoria, ch. 3 (Royaume-Uni), par. 91(22).

8 Vaver, note 5, p. 113.

9 Chaque pays accorde des droits de brevet qui ne sont valides que sur son territoire. Par exemple, un brevet canadien ne s'appliquerait pas à une activité exercée aux États-Unis.

10 Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard and Kenneth L Port, *Fundamentals of U.S. Intellectual Property Law: Copyright, Patent, and Trademark* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 252.

11 *Bonito Boats*, 489 U.S. , p. 149 (U.S. Supreme Court); Cynthia Ho, "Who Deserves the Patent Pot of Gold?: An Inquiry into the Proper Inventorship of Patient-Based Discoveries" (2002) Hous. J. Health L. & Pol'y 107, p. 113.

12 E.R. Gold & T. A. Caulfield, "Human Genetic Inventions, Patenting and Human Rights" (Edmonton, Alberta, Health Law Institute, 2003), p. 26.

13 Young, note 2, p. 22-3.

Les opposants au brevetage de matériel humain soutiennent qu'au lieu de développer les connaissances et la recherche dans la société, les brevets ont des répercussions négatives sur la recherche, en particulier les brevets touchant des cellules et des gènes humains. Selon eux, les brevets relatifs à du matériel extrait de l'organisme humain peuvent empêcher les chercheurs d'avoir accès aux renseignements et au matériel de recherche et peuvent ainsi freiner la recherche. D'autres commentateurs font cependant valoir que les brevets ne sont pas le seul moyen d'empêcher la société d'avoir accès à de nouvelles connaissances; les entreprises protègent également leurs recherches et leurs inventions en les désignant comme des « secrets industriels ».

En second lieu, on craint que les résultats des nouvelles recherches puissent être gardés secrets pour une longue période pendant que le chercheur perfectionne l'invention et l'amène à un stade de développement qui lui permette d'obtenir un brevet[14]. On pourrait soutenir, cependant, que le secret est nécessaire pour que l'inventeur obtienne un brevet, car la *Loi sur les brevets* exige que l'invention soit « nouvelle ». De plus, il y a lieu de croire que les partenariats université-entreprise enferment les laboratoires universitaires dans le secret[15]. Certains de ces critiques sont des scientifiques qui considèrent que l'information concernant le génome humain constitue une propriété collective et devrait être gratuitement accessible aux autres scientifiques et à la population[16]. Des commentateurs ont qualifié le phénomène de « tragédie des anti-commons »[17].

D'autres signalent en revanche que les brevets stimulent l'invention et favorisent la divulgation des inventions et, partant, le développement des connaissances, ce qui permet à d'autres inventeurs de comprendre et d'améliorer l'invention originale et de mettre au point des solutions de rechange. Le Nuffield Council on Bioethics[18] au Royaume-Uni a décrit les avantages des brevets :

> [TRADUCTION]
>
> [les brevets représentent] l'un des principaux moyens d'encourager les entreprises commerciales à mener des activités de recherche et développement, en leur permettant de tirer des revenus de la production et de l'application de connaissances. Le système de brevets encourage l'investissement dans la production et l'application de connaissances en accordant des avantages directement aux entreprises qui investissent et en accordant des droits de propriété qui reconnaissent le droit exclusif de l'inventeur d'empêcher, pendant une période donnée, d'autres de fabriquer, d'exploiter ou de vendre sans détenir de licence une invention qui s'inspire de ces connaissances. Par contre, l'incapacité d'empêcher d'autres d'utiliser des innovations produites par des entreprises ou le fait de ne pas prendre de mesures pour protéger ces innovations sont des causes reconnues d'échec d'entreprises commerciales[…]. En outre, parce que les brevets facilitent la diffusion des connaissances, ils permettent également de prévenir un dédoublement coûteux et inutile d'efforts de la part des chercheurs[19].

Les connaissances scientifiques

Afin de bien comprendre les enjeux juridiques et éthiques complexes entourant le brevetage du matériel humain, il importe d'avoir une compréhension de base des aspects scientifiques pertinents. La présente section décrit brièvement le brevetage des gènes humains et d'autre matériel humain, tel que les cellules, considérées comme des inventions ou comme partie d'un procédé breveté.

Le terme « biotechnologie » a été forgé en 1919 pour désigner la science et les méthodes qui permettent de fabriquer des produits à partir de nouveaux matériaux avec l'aide d'organismes vivants[20]. Citons comme exemples courants des premières innovations en biotechnologie l'utilisation de micro-organismes vivants pour catalyser les réactions chimiques afin de produire certains aliments, comme le pain et le fromage, et la propagation de plantes par les greffes[21]. La biotechnologie moderne ou de seconde

---

14 ALRC, note 4, p. 63.

15 Ned Hettinger, "Patenting Life: Biotechnology, Intellectual Property, and Environmental Ethics" (1995) 22 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 267, p. 294.

16 J. Donahue, *Patenting of Human DNA Sequences — Implications for Prenatal Genetic Testing*, 36 Brandeis J. Fam. L., 1997-98, p. 274.

17 E. R. Gold et T. A. Caulfield, note 12, p. 30.

18 Nuffield Council on Bioethics, note 3.

19 *Ibid.*, p. 13.

20 Tara Snell et Réal Doutre, *Biotechnologie : Guide de référence pour les praticiens du ministère de la Justice* (Ottawa : Ministère de la Justice, 2003), p. 1 citation de B. Sheridan, *EU Biotechnology Law & Practice* (Isle of Wight : Palladian Law Publishing Ltd., 2001), p. 3.

21 P. Reimer et B. Schwartz, "Biotechnology : A Canadian Perspective" (2001) 1 Asper Rev. of Int'l Bus. And Trade Law, par. 2, Internet : QL (JOUR). Ned Hettinger, "Patenting Life : Biotechnology, Intellectual Property, and Environmental Ethics" (1995) 22 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 267, p. 274.

génération a débuté par la découverte par Watson et Crick en 1953 de la structure de l'ADN, le matériel génétique présent dans les organismes vivants[22]. Cette découverte a inauguré une nouvelle ère de recherche où les scientifiques ont tenté d'élucider le fonctionnement de l'ADN et la façon dont les différences dans l'ADN pouvaient entraîner des différences d'un individu à l'autre[23].

La biotechnologie moderne se fonde, pour une bonne part, sur la biologie moléculaire et fonctionne à l'échelle cellulaire et moléculaire[24]. Les scientifiques sont capables d'échanger l'information génétique de différents micro-organismes, plantes et animaux, y compris des humains. Sur le plan pratique, la modification génétique ou le génie génétique a permis la fabrication en grandes quantités et à un faible coût de produits qu'on ne pouvait obtenir auparavant que de sources naturelles en quantités limitées. L'insuline et l'hormone de croissance humaine sont deux exemples de tels produits[25].

Gènes humains

Le gène est l'unité fonctionnelle et physique de l'hérédité transmise par un parent à sa descendance. Les gènes sont des unités à l'intérieur du noyau d'une cellule qui sont constituées d'acide désoxyribonucléique, communément appelé ADN. À l'intérieur du noyau de la cellule, les gènes sont regroupés en chromosomes. Les humains héritent de 23 chromosomes de chaque parent, soit en tout 46 chromosomes. De concert avec l'environnement, les chromosomes déterminent les caractéristiques physiques et, dans une certaine mesure, les caractéristiques comportementales d'une personne[26].

Le Projet du génome humain (le PGH), qui a débuté en 1990, pourrait être considéré comme un indicateur du dynamisme de la recherche en génétique[27]. Le but du projet était de coordonner la recherche internationale en vue d'identifier et de cartographier tous les gènes dans l'ADN humain et d'ordonnancer les paires de bases chimiques qui constituent l'ADN humain. La recherche a été entreprise conjointement par deux communautés de chercheurs : ceux travaillant pour des organismes publics, tels que les universités et les instituts de recherche, et ceux travaillant pour des organisations du secteur privé, telles que Celera[28]. Le consortium international était dirigé par le Dr Francis Collins du National Human Genome Research Institute aux États-Unis[29].

En 2001, deux versions de la carte provisoire du génome humain ont été publiées par les deux groupes de chercheurs, les données issues des recherches publiques étant incorporées dans les résultats des recherches financées par le secteur privé. Les recherches du secteur public avaient été menées avec la ferme volonté de partager les données avec la population et de les rendre accessibles[30]. Le séquençage final du génome humain a été achevé en avril 2003. Les données de séquençage produites par le PGH ont été déposées dans des banques de gènes publiques, alors que Celera et d'autres organisations privées ont demandé que les séquences qu'elles avaient identifiées soient protégées par des brevets[31].

En 2003, on estimait que le génome humain était composé d'environ 30 000 gènes codant des protéines et une myriade d'autres éléments fonctionnels, tels que des gènes ne codant pas de protéines[32]. Plus récemment, le consortium international pour le séquençage du génome humain (constitué de plusieurs entreprises pharmaceutiques) a annoncé que le génome humain ne contenait qu'entre 20 000 et 25 000 gènes codant des protéines. C'est très loin de l'estimation originale de 100 000 gènes humains codant des protéines[33].

---

22 Nuffield Council on Bioethics, note 3, p. 3.

23 *Ibid.*

24 La biotechnologie moderne est née avec le brevet Cohen-Boyer. C'était la première technique ou le premier procédé permettant de créer une substance transgénique en utilisant de l'ADN recombinant et des plasmides dans des bactéries. Des enzymes ont été utilisées pour insérer un gène de synthèse dans un plasmide. On s'était servi dans le passé de cette bactérie pour transférer son ADN dans une plante. Dans ce cas, cependant, c'est le plasmide qui a transféré le gène de synthèse dans la plante.

25 Tara Snell et Réal Doutre, note 20, p. 2-3, citation de William P. Cunnigham et al., éds., *Environmental Encyclopedia*, First ed. (Detroit, É.U.A. : Gale Research Inc., 1994), p. 99.

26 Gouvernement de l'Ontario. *Génétique, dépistage et brevetage : Nouvelles frontières dans le domaine de la santé*. Rapport provisoire présenté aux provinces et territoires, (Toronto, 2002), p. 13 [ci-après *Nouvelles frontières*].

27 K. Davies, "Cracking the Genome : Inside the Race to Unlock Human DNA" (2001), p. 3.

28 Nuffield Council on Bioethics, note 3, p. 3.

29 ALRC, note 14, p. 47.

30 Nuffield Council on Bioethics, note 3, p. 3. Les chercheurs dans le secteur public ont publié la séquence dans la revue *Nature* (15 février 2001), alors que le projet du secteur privé entrepris par Celera Inc., une entreprise américaine de génomique, a publié ses résultats dans *Science* (16 février 2001).

31 ALRC, note 14, p. 47-48.

32 Francis S. Collins *et al.* (on behalf of the US National Human Genome Research Institute), "A vision for the future of genomics research : a blueprint for the genomic era" (Nature/Vol. 422/24 April 2003), p. 3. Internet : http://www.nature.com/nature. Consulté en août 2004.

33 Nature, 21 octobre 2004, Internet : Human genome: End of the beginning, Nature 431, p. 915-916.

Le PGH a énormément fait avancer notre connaissance et notre compréhension du génome humain et a mis la question du brevetage des gènes à l'avant-plan en recherche, en médecine et dans la société. L'ébauche du génome humain, rendue publique en 2001, a permis aux chercheurs d'identifier des gènes associés à un certain nombre d'affections et de maladies génétiques. À ce jour, plus de 30 gènes ont été localisés et liés à des maladies telles que le cancer du sein, de la peau et du côlon, les myopathies et la maladie d'Alzheimer[34].

Il est intéressant de noter que la cartographie du génome de l'homme, de la souris et du chimpanzé a révélé que le génome humain présente un degré de similarité de 40 à 80 %[35] avec celui de la souris et de 99 % avec celui du chimpanzé[36]. On pourrait faire valoir qu'un génome humain n'est pas simplement le patrimoine commun des humains mais plutôt que des portions importantes de ce génome sont également l'héritage d'autres espèces. Cette réalité peut également ébranler l'idée que le génome humain est unique ou sacro-saint.

Les matières brutes naturelles ne sont pas brevetables vu qu'elles sont des découvertes plutôt que des inventions. Pour la même raison, les connaissances scientifiques relatives à un phénomène naturel ne peuvent être brevetées : elles sont considérées comme une simple découverte. Par conséquent, les connaissances scientifiques touchant l'information génétique codée dans certains phénomènes naturels ne sont pas brevetables et, partant, le gène et l'information génétique dans le corps humain ne pourraient pas faire l'objet d'un brevet. Un phénomène artificiel qui ne survient pas dans la nature, tel que l'isolement, l'identification et le clonage d'une molécule qui code une information génétique chez les humains, pourrait cependant être brevetable[37].

La distinction entre l'invention et la découverte d'une substance naturelle a été bien décrite par Richard Gold et Timothy A. Caulfield dans leur article « Human Genetic Inventions, Patenting and Human Rights »[38] :

> [TRADUCTION]
>
> Une séquence d'ADN, telle qu'on en retrouve dans le corps humain, n'est pas une invention. Sa présence dans le corps est tout à fait naturelle et n'est pas due à une intervention technique. Cette séquence n'est donc pas brevetable. *Toutefois, cela ne signifie pas que la même séquence d'ADN ne pourrait pas être brevetée dans un contexte différent.* Prenons l'exemple de la même séquence d'ADN extraite de sa cellule d'origine et placée dans une éprouvette. *La séquence sous cette forme particulière doit son existence à une intervention humaine. Elle est donc brevetable* [aussi longtemps qu'elle respecte l'autre critère énoncé dans la Loi]. Le titulaire du brevet, dans ce cas, a seulement le droit d'empêcher d'autres de fabriquer, d'utiliser, de vendre ou d'importer la séquence d'ADN sous cette forme isolée; *il n'a pas le droit d'empêcher quiconque d'utiliser la séquence d'ADN chez son hôte humain naturel.* Néanmoins, si la personne qui possède la séquence d'ADN décide de subir un test génétique – qui comporte le retrait de la séquence d'ADN de son environnement naturel pour la placer dans une éprouvette – cette personne violerait le brevet [non souligné dans l'original][39].

Une façon d'obtenir l'information génétique contenue dans une séquence d'ADN consiste à utiliser des techniques de clonage. Des échantillons de cellules sont prélevés et les scientifiques appliquent des enzymes pour fractionner la cellule et séparer l'ADN d'autres produits chimiques qui y sont contenus. Une fois que l'ADN est retiré, d'autres enzymes sont utilisées pour briser la longue molécule d'ADN en séquences plus courtes, comme des gènes, des fragments de gène ou des marqueurs génétiques. On a ensuite recours à des produits chimiques ou à des méthodes électriques pour

---

34 *Nouvelles frontières*, note 26, p. 15.

35 Elizabeth Pennisi, "Sequence Tells Mouse, Human Genome Secrets" *Science Online*, volume 298, numéro 5600 (6 décembre 2002) p. 1863-1865. Internet : http//cmbi.bjmu.edu.cn/news/0212/26.htm. Consulté le 28 avril 2005; NIH/National Human Genome Research Institute, "The mouse genome and the measure of man" (4 décembre 2002). Internet : http//cmbi.bjmu.edu.cn/news/0212/26.htm. Consulté le 28 avril 2005.

36 Cornell News, "DNA analysis for chimpanzees and humans reveals striking differences in genes for smell, metabolism and hearing" (18 décembre 2003). Internet : http//www.news.cornell.edu/releases/Dec03/chimp.life.hrs.html. Consulté le 28 avril 2005. Newswise, "Lifestyle Accounts for Differences in Chimp, Human Genome" (18 December 2003). Internet : http//www.newswise.com/articles/view/502544. Consulté le 28 avril 2005.

37 Nuffield Council on Bioethics, note 3, p. 27.

38 Gold et Caulfield, note 12.

39 *Ibid.*, p. 22-23.

séparer les morceaux d'ADN en brins de différentes longueurs. Ces séquences plus courtes sont transportées par des vecteurs et transférées dans des bactéries qui fabriquent ensuite des copies de ces séquences. L'ADN cloné est retiré de la bactérie et par un processus appelé amplification par la polymérase, on fabrique des milliers de copies purifiées de l'ADN[40].

Une bonne part du débat entourant la brevetabilité des séquences d'ADN humaines a porté sur la question de savoir s'il s'agit de la découverte de quelque chose qui existe déjà dans la nature ou si ces séquences peuvent être considérées comme une invention. Dans le contexte des brevets, on peut dire que les connaissances scientifiques relatives à l'information génétique ont été acquises grâce à la création d'une molécule artificielle. Les bureaux ou offices des brevets dans le monde ont conclu que l'information génétique fait essentiellement partie d'une invention, une molécule qui est le fruit de l'intervention humaine et est donc brevetable[41].

Le processus d'isolement et de clonage a servi de fondement pour justifier l'octroi de brevets pour des séquences d'ADN dans le passé. L'utilisation de techniques informatiques (ordinateurs) pour identifier les séquences de gènes remplace de plus en plus cependant la méthode de clonage en laboratoire décrite ci-dessus et, dans un avenir pas trop lointain, pourra remettre en question la brevetabilité des séquences d'ADN à cause du manque d'inventivité de la technique informatique[42] .

Pour être brevetable, une invention doit être nouvelle, non évidente et utile. Des brevets pour des séquences génétiques isolées et les protéines qui y sont associées ont été accordés depuis les années 80 dans l'idée que les protéines pourraient être des outils thérapeutiques utiles à un moment donné[43]. Le brevet délivré à l'« inventeur » lui conférait un monopole sur « des séquences de gènes isolés, des protéines purifiées, divers vecteurs utilisés pour transformer des organismes de production grâce à la séquence appropriée ainsi que sur les organismes transgéniques utilisés pour produire de grandes quantités de la protéine en question » [TRADUCTION][44]. La théorie du droit des brevets permettait à ce matériel d'être reconnu comme des inventions vu qu'aucun matériel de ce type n'existait dans la nature sous sa forme isolée ou purifiée (en outre, les organismes producteurs transgéniques étaient nouveaux). La portée d'un tel brevet est assez large pour permettre à une société pharmaceutique de mettre sur le marché (après des essais cliniques et des recherches) un médicament ou un autre produit fabriqué à partir de la protéine thérapeutique[45].

L'éventail des produits qui peuvent faire l'objet d'un brevet continue de s'élargir dans bien des pays, en particulier aux États-Unis Par exemple, des brevets ont maintenant été accordés pour des séquences partielles de gène qui pourraient servir à l'identification d'un gène, ainsi que pour des gènes qui ne sont plus identifiés par les protéines produites mais par une analyse informatique. En 2001, le Bureau des brevets et des marques de commerce des États-Unis a publié des lignes directrices, les Utility Examination Guidelines[46], qui renferment des normes concernant la somme de connaissances nécessaires concernant la signification biologique d'une séquence avant qu'un brevet ne puisse être délivré[47]. Cela n'a toutefois pas empêché la prolifération des brevets. Les États-Unis délivrent maintenant des brevets pour des coordonnées de protéines. Ces brevets confèrent des monopoles sur l'utilisation des coordonnées mesurées dans des programmes informatiques en vue de modéliser

---

40 D. Resnik, "DNA Patents and Human Dignity" (2001) 29 J.L. Med. & Ethics 152, p. 154.

41 Nuffield Council on Bioethics, note 3, p. 27-28.

42 *Ibid.*, p. 28. L'approche ou la technique *in silico* pour identifier des séquences d'ADN risque peu de réunir les critères pour l'obtention d'un brevet en Europe car elle ne prévoit aucun travail de laboratoire. Elle repose sur le fait que la séquence d'ADN humaine est maintenant disponible dans un ordinateur personnel. Le chercheur apparie simplement une séquence d'ADN humaine inconnue à une séquence génétique homologue ou similaire qui existe dans un génome animal et dont on connaît peut-être déjà la fonction. Le chercheur dépose ensuite une demande de brevet pour la séquence d'ADN humaine, utilisable à des fins diagnostiques ou thérapeutiques, en faisant valoir son homologie fonctionnelle. Bien que ce processus puisse ne pas répondre aux critères utilisés par l'Office européen des brevets, il a des chances de respecter les exigences moins strictes d'inventivité appliquées par le Bureau des brevets et des marques de commerce des États-Unis.

43 John H. Barton, « Les brevets en génomique », p. 107, dans *Génomique, santé et société : Questions émergentes pour les politiques publiques*, publié sous la direction de Bartha Maria Knoppers et Charles Scriver (Ottawa : Projet de recherche sur les politiques).

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 66 Fed. Reg. 1093 (5 janvier 2001).

47 Barton, note 43, p. 102.

l'interaction des protéines avec d'autres produits chimiques susceptibles d'être utilisés à des fins thérapeutiques. En outre, des brevets ont été délivrés aux États-Unis pour des séquences diagnostiques, y compris des polymorphismes nucléotidiques simples (SNP)[48] et des marqueurs de séquences exprimées (EST).

Des scientifiques travaillant au PGH ont produit et publié une carte de 1,42 million de SNP. Il s'agit de sites dans le génome où il existe une différence d'un seul nucléotide d'une personne à l'autre et ces différences surviennent à une fréquence d'environ un nucléotide pour 1900[49]. Les variations dans la séquence d'ADN peuvent avoir d'importantes répercussions sur la façon dont les humains réagissent à la maladie, aux agressions environnementales, telles que l'exposition à des bactéries, à des virus, à des toxines et à des produits chimiques, de même qu'à des médicaments et à d'autres traitements. Les SNP sont donc des outils très utiles en recherche biomédicale[50]. Les SNP peuvent être utilisés comme marqueurs de liaison ou dans les études d'association portant sur la susceptibilité génétique à la maladie[51]. Jusqu'à présent, les cartes de SNP ont identifié des séquences d'ADN sous-tendant certaines maladies courantes comme les maladies cardiovasculaires, le diabète, l'arthrite et certains types de cancer. On espère que l'identification de gènes pathogènes et de SNP permettront aux scientifiques de concentrer leurs efforts sur la mise au point de nouveaux médicaments et traitements[52].

Les EST sont des parties ou des fragments de gène[53]. Souvent, ils sont brevetés sans description de l'emplacement exact du gène original sur le chromosome et sans description de sa fonction biologique. Le brevetage de ces fragments a suscité la controverse chez les scientifiques et bon nombre ont soutenu que les SNP comme les EST sont des outils de recherche en biologie qui ne devraient pas être brevetables[54]. Il semble que le Bureau des brevets aux États-Unis ait adopté récemment une approche plus restrictive pour l'octroi de ces brevets.

Un grand nombre de ces brevets posent d'importants problèmes pour l'industrie pharmaceutique américaine parce que les matériaux brevetés sont des outils de recherche utiles pour la mise au point de produits thérapeutiques et de nouveaux médicaments. Les sociétés de biotechnologie ont acheté les brevets pour plusieurs de ces produits dans l'intention de les fournir à contrat (licence) à des sociétés pharmaceutiques[55]. On pourrait invoquer qu'un des avantages sociaux du brevetage, soit la diffusion des inventions, de même que la communication des connaissances et de l'information au sein de la société, diminue à mesure qu'augmente l'éventail des produits brevetables.

Des milliers de brevets pour des séquences d'ADN humaines ont été demandés et délivrés, pour la plupart aux États-Unis Citons entre autres des brevets pour des séquences d'ADN génomique, des SNP, des séquences d'ADN porteuses d'une mutation pathogène, des vecteurs de clonage, des protéines et des parties de protéines, ainsi que des méthodes informatiques d'identification de protéines ou de parties de protéines de structure similaire. Plus de trois millions de demandes de brevet lié au génome ont été déposées auprès du Bureau des brevets américain[56].

Autre matériel humain

Grâce aux progrès technologiques, de nouvelles façons d'utiliser les matériaux du corps humain dans la recherche ont vu le jour. Le matériel humain n'est pas seulement employé dans la recherche biomédicale mais également comme élément de divers produits commerciaux, allant des médicaments aux vaccins et aux trousses pour les tests de grossesse[57]. Un grand nombre des résultats de ces recherches, notamment lorsqu'il existe des applications scientifiques ou commerciales, feront l'objet d'une demande de brevet.

Les technologies les plus couramment employées pour convertir le matériel, les tissus et les cellules humains en produits sont la culture cellulaire, les hybridomes et

---

48 *Ibid.*

49 OMS, Genomics and World Health à 2.4.3, page 32 (seul le résumé est traduit en français : OMS, Génomique et santé mondiale).

50 *Nouvelles frontières*, note 26, p. 38.

51 OMS, note 49, p. 32.

52 *Nouvelles frontières*, note 26, p. 15.

53 *Ibid.*, p. 37.

54 *Ibid.*, p. 37-38.

55 Barton, note 43, p. 103.

56 Johnathan Kahn, "What's the Use? Law and Authority in Patenting Human Genetic Material" (2003) 14 Stan. L. & Pol'y Rev. 417, p. 421-422.

57 Office of Technology Assessment, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells — Special Report*, OTA-BA-337 (Washington, DC : U.S. Government Printing Office, 1987), p. 23.

l'ADN recombinant[58]. La culture cellulaire consiste à utiliser des cellules humaines qui se divisent continuellement et croissent en culture. La plupart, mais non la totalité, des lignées cellulaires établies proviennent d'échantillons de tissu malin[59]. Pour obtenir des lignées cellulaires efficaces, on commence par isoler et multiplier une seule cellule — processus appelé clonage[60]. Les cultures cellulaires résultantes sont utilisées dans de nombreux types de recherches commerciales et non commerciales. Elles peuvent servir d'usine biologique pour produire une substance, tester des médicaments ou évaluer la toxicité de divers composés chimiques[61]. Ces cultures cellulaires font souvent l'objet d'un brevet.

Les hybridomes sont des types spéciaux de cellules hybrides créés par la fusion de deux types différents de cellules, un type de cellule tumorale appelé myélome et un lymphocyte B[62]. Le lymphocyte B est isolé de la rate ou d'un ganglion lymphatique (élément du système immunitaire), dans lequel on a injecté une substance étrangère à laquelle s'intéresse le chercheur. Le lymphocyte B est un type spécialisé de globule blanc qui produit un anticorps particulier dirigé contre la substance injectée. Lorsque le lymphocyte B fusionne avec la cellule immortelle du myélome, l'hybridome résultant continue de se multiplier en culture et sécrète un seul type particulier d'anticorps. La production de grandes quantités d'anticorps spécifiques est importante en recherche, en médecine et dans le secteur commercial. Ces anticorps peuvent être utilisés à des fins diagnostiques ou dans des régimes prophylactiques ou thérapeutiques chez les humains[63].

Le troisième type de technologie est celle de l'ADN recombinant (aussi appelé génie génétique). L'ADN d'un donneur est coupé par des enzymes en fragments, dont l'un contient la séquence recherchée. Ces fragments sont insérés dans l'ADN vecteur (les vecteurs peuvent être de l'ADN bactérien, viral, phagique ou eucaryote ou des combinaisons de ces ADN) pour devenir des molécules d'ADN recombinant. Les molécules recombinantes sont ensuite insérées dans les cellules hôtes. La taille de la population hôte contenant le gène cloné peut être accrue et le gène cloné peut être utilisé pour identifier, isoler et examiner des composés biologiques rares[64].

Il existe trois principales sources de cellules et de tissus humains pour la recherche : les patients, les volontaires en santé et les cadavres. Les échantillons prélevés chez des patients peuvent être tantôt normaux tantôt atypiques, mais la plupart sont des « restants » obtenus après des interventions diagnostiques ou thérapeutiques[65].

Le matériel génétique humain, y compris les spermatozoïdes, les ovules et les embryons in vitro, font également l'objet de recherches, et une part de ce matériel est considérée comme brevetable. Les cellules souches embryonnaires dérivées d'embryons humains in vitro sont vues comme du matériel de recherche potentiellement de grande valeur et ont fait l'objet de brevets aux États-Unis et ailleurs[66].

6.3 Droits de propriété à l'égard du corps humain

À première vue, il ne semble pas y avoir de rapport entre la question des droits de propriété à l'égard du corps humain et la question des brevets et des droits de la personne. À y regarder de plus près, toutefois, on pourrait avancer que le fil conducteur pourrait être le principe de la dignité humaine. Ce sont ces liens possibles qui seront examinés dans les lignes qui suivent.

---

58 *Ibid.*, p. 31.

59 *Ibid.*, p. 33.

60 *Ibid.*, p. 34.

61 *Ibid.*, p. 35.

62 *Ibid.*, p. 35-38.

63 *Ibid.*, p. 38; Maureen S. Dorney, "Moore v. The Regents of the University of California: Balancing the Need for Biotechnology Innovation against the right of Informed Consent", p. 3. Internet : http://www.law.berkley.edu/journals. Consulté en août 2004.

64 Voir note 57, p. 43-44.

65 *Ibid.*, p. 51.

66 En avril 2003, le Bureau des brevets du Royaume-Uni a publié un avis de pratique énonçant sa position en ce qui concerne la brevetabilité des cellules provenant de l'embryon humain. Il n'accordera pas de brevets pour les procédés de prélèvement de cellules souches embryonnaires humaines vu qu'il considère ces méthodes comme non brevetables en vertu de la *Directive* de la CBE. De plus, il n'accordera pas de brevets pour les cellules totipotentes humaines vu qu'elles ont le potentiel de former un être humain complet. Toutefois, le Bureau des brevets délivrera des brevets pour des cellules souches multipotentes embryonnaires humaines, qui n'ont pas le potentiel de former un être humain complet. Le Bureau des brevets considère que les cellules souches multipotentes embryonnaires ne sont pas visées par les paragraphes 5(1), 6(1) ou l'alinéa 6(2)*c*) de la *Directive* (Boult Wade Tennant bulletin (publié par des avocats européens spécialisés en brevets et marques de commerce), Patenting Stem Cells in Europe, août 2004) http://www.boult.com/information/BulletinPrint.cfm, consulté le 14 mars 2004).

L'inventeur à qui l'on a délivré un brevet sur une invention contenant du matériel humain se voit essentiellement accorder un droit de propriété sur l'invention et tout matériel humain qui aurait été prélevé pour faire partie de l'invention. Les personnes ayant contribué du matériel biologique se disent préoccupées par le fait qu'elles reçoivent rarement quelque chose en contrepartie de leur contribution et n'ont pas le droit d'en tirer profit en vendant leur matériel biologique sur le marché. Si les inventeurs peuvent commercialiser des produits contenant du matériel humain provenant d'un donneur, et ainsi réaliser des bénéfices pouvant être substantiels, pourquoi le donneur ne pourrait-il pas en faire autant ou du moins bénéficier de son don? La réponse réside peut-être dans la conception occidentale commune voulant que le corps fasse partie intégrante de la personne et soit indissociable de son âme.

Dans les premiers textes philosophiques de Platon et d'autres, le corps humain était considéré comme une entrave, une prison temporaire dans laquelle l'âme était forcée de résider[67]. Cette conception d'un fossé entre l'âme et le corps a été élargie par les écrits de philosophes plus récents comme René Descartes[68]. Dans le domaine de la bioéthique, le philosophe H. Tristram Engelhardt considère que ce qui confère à l'être humain la qualité de personne, c'est sa conscience, son cerveau, mais non son corps[69]. Engelhardt considère que le corps humain est l'exemple parfait d'un bien que les êtres humains peuvent soumettre au jeu des échanges commerciaux. Les personnes devraient être libres de faire ce qu'elles veulent de leur corps[70].

D'autres philosophes de l'Antiquité comme Aristote considéraient que le corps et l'âme étaient deux aspects d'une même entité[71], une conception que l'on retrouve dans les traditions juive et chrétienne. Les deux épousent l'idée selon laquelle le corps physique ne fait qu'un avec l'âme[72]. Paul Ramsey, un théologien catholique, exprime cette idée ainsi : [Traduction] « La personne est soit une âme incarnée, soit une incarnation de l'âme »[73]. Selon lui, le corps est une « entité sacrée » dans l'ordre biologique, et sa commercialisation serait « répugnante au plan moral »[74].

Dans la culture occidentale, la conception la plus répandue du corps humain est celle que l'on retrouve dans la tradition religieuse judéo-chrétienne. Selon cette conception, le corps est lié à l'âme : le corps renferme l'âme, et donc l'essence même de la personne. L'idée profane voulant que le corps humain et la dignité humaine aillent de pair fait en sorte que la commercialisation du corps ou de ses produits répugne à de nombreux Nord-Américains et Européens.

On pourrait avancer que ce point de vue n'a pas toujours trouvé écho dans la common law, puisque celle-ci reconnaît un droit de propriété limitée sur le corps humain dans certaines situations. Par ailleurs, on pourrait aussi affirmer que c'est précisément parce que le corps revêt une grande importance morale que le droit et la société le considèrent comme un « bien », dans l'unique but de faire en sorte que des recours juridiques soient disponibles pour sanctionner les infractions commises contre lui[75].

Pour qu'un droit de propriété soit reconnu à l'égard d'une chose, il n'est pas nécessaire que tous les droits que confère la propriété soient réunis[76]. En common law, par exemple, les membres immédiats de la famille ont un droit limité de propriété sur le corps d'un parent décédé[77]. Ce droit ne signifie pas qu'ils peuvent vendre le corps ou ses parties, mais plutôt qu'ils peuvent disposer du corps selon les dernières volontés du défunt. Il leur confère aussi le droit de réclamer un dédommagement pour trouble émotionnel si le corps a été maltraité[78]. On trouve de nombreux autres exemples de droit de

---

67 Thomas H. Murray, "On the Human Body as Property : the Meaning of Embodiment, Markets and the Meaning of Strangers" (1987) 20 U. Mich. J.L. 1055, p. 1063.

68 *Ibid.*, p. 1064.

69 *Ibid.*, p. 1067.

70 *Ibid.*, p. 1068-69.

71 *Ibid.*, p. 1069.

72 *Ibid.*, p. 1069-70.

73 *Ibid.*, p. 1070.

74 *Ibid.*, p. 1071.

75 *Ibid.*, p. 1063.

76 Honore identifie onze éléments constitutifs du droit de propriété, soit le droit de : posséder, d'employer ou de gérer la chose, d'en tirer un revenu, de la céder ou de la détruire, d'être protégé en cas d'expropriation, de disposer de l'intérêt au moment du décès, d'en rester propriétaire à perpétuité, d'en tirer des intérêts résiduels ou réversifs, en sus de deux autres caractéristiques : la saisabilité pour dettes et l'interdiction d'en user à des fins nuisibles. (A.M. Honore, "Ownership," dans Oxford Essays in Jurisprudence, A.G.Guest éd. (1961) p. 107. Bruce Ziff, *Principles of Property Law* (Scarborough: Carswell Thomson Publishing, 1993) p. 2.)

77 *Lubin v. Sydenham Hosp.*, 181 Misc. 870, 42 N.Y.S.2d 654 (N.Y. Sup. Ct. 1943).

78 *Supra*, note 67, p. 1062-1063.

propriété limité sur le corps reconnu par la common law. Le délit d'usurpation de nom ou d'identité et le délit d'acte de violence sont des exemples de délits en common law qui tiennent compte du droit limité de propriété à l'égard du corps. Dans le *Code criminel* canadien, on trouve des actes criminels comme l'agression et les voies de fait, ce qui montre bien l'importance que la société et le Parlement accordent au droit qu'a la personne de protéger l'intégrité physique de son corps.

En common law, sont aussi reconnus les droits de propriété sur le matériel humain de reproduction comme les spermatozoïdes et les embryons in vitro[79]. De plus, il existe des textes législatifs qui confèrent certains droits de propriété limités. Dans chaque province canadienne, par exemple, il existe une loi qui permet aux individus de faire don de certaines parties de leur corps de leur vivant (*inter vivos*) ou après leur mort (*causa mortis*).

Dans la cause *Moore v. The Regents of the University of Southern California et al*[80], marquante aux États-Unis, les tribunaux devaient décider si une personne ayant fourni à son insu des parties de son corps à des chercheurs qui par la suite les avaient utilisés pour créer une lucrative lignée cellulaire sous brevet, la lignée Mo, pouvait poursuivre les chercheurs pour appropriation illicite[81] et avoir gain de cause. La majorité des juges de la Cour d'appel de la Californie ont statué que M. Moore avait une cause défendable puisqu'à leur avis, la personne avait [Traduction] « l'essence d'un droit de propriété — le droit ultime de contrôle[82] — sur son propre corps ».

Sur pourvoi, la Cour suprême de la Californie était divisée cinq juges contre deux. Les juges majoritaires étaient d'avis que M. Moore n'avait pas de motif d'action pour appropriation illicite, puisqu'il n'avait aucun droit de propriété à l'égard de ses cellules excisées[83]. Par contre, il était fondé de poursuivre pour négligence le médecin qui n'avait pas obtenu son consentement éclairé pour l'excision et le don de ses cellules et tissus à des fins de recherche[84].

L'un des deux juges dissidents, le juge Mosk, a fait remarquer qu'au regard des lois californiennes, la notion de propriété était assez large. À son avis, M. Moore cherchait à obtenir un partage juste et équitable des bénéfices que les défendeurs avaient obtenus et espéraient obtenir de ses cellules. Il écrit : [Traduction] « Personne ne peut remettre en question la contribution unique que M. Moore a apporté à l'invention — une invention dont le nom, ironiquement, est calqué sur le sien : si ce n'était des cellules prélevées sur le corps de M. Moore par les défendeurs, il n'y aurait pas de lignée Mo »[85].

Ce qui est manifestement ironique dans l'arrêt *Moore*, c'est que les chercheurs et l'industrie de la biotechnologie sont libres de réaliser des bénéfices qui peuvent être considérables en prélevant, en raffinant et en brevetant du matériel humain, mais que la source ou le donneur de ce matériel brut n'a pas le droit de vendre ses tissus humains sur le marché et qu'aucune loi n'oblige le titulaire du brevet à l'indemniser.

6.3.1 Le principe de la dignité humaine

De nombreux auteurs se sont dits préoccupés du fait que la reconnaissance d'un droit de propriété sur le corps porterait un dur coup à la dignité humaine. La valeur d'une personne se réduirait à sa valeur marchande plutôt qu'à sa richesse inhérente, [Traduction] « qui n'est ni fixée par l'État, ni vulnérable aux aléas de la politique, que celle-ci soit totalitaire ou majoritaire, à l'intérieur ou au-delà des frontières nationales »[86].

---

79 *Hecht v. Superior Court*, 16 Cal. App. 4th 836; 20 Cal. Rptr. 2d 275; 1993 Cal. App. LEXIS 638; 93 Cal. Daily Op. Service 4531; 94 Daily Journal DAR 7656, No. B073747 (Cour d'appel de la Californie); *Davis v. Davis* (1992), 842 S.W.2d 588 (Cour suprême du Tennessee).

80 *Moore v. The Regents of the University of California et al.*, No. B021195 (QL) (Cour d'appel de la Californie), 21 juillet 1998 [ci-après *Moore CA*]; *Moore v. the Regents of the University of California et al.*, No. S006987 (QL) (Cour suprême de la Californie), 9 juillet 1990 [ci-après *Moore CS*].

81 L'appropriation illicite est le détournement illégal de quelque chose pour son propre profit.

82 *Moore CA*, *supra*, note 80 p. 8.

83 *Moore CS*, *supra*, note 80 p. 14.

84 *Ibid.*, p. 5.

85 *Ibid.*, p. 29.

86 Lorraine E. Weinrib, "Human Dignity as a Rights-Protecting Principle" (Association du Barreau de l'Ontario, FJP, 3e Conférence annuelle, octobre 2004) p. 3.

Le droit à la dignité humaine, bien qu'il ne s'agisse pas en soi d'un droit reconnu par la Constitution, peut être qualifié de principe fondamental[87] ou de valeur constitutionnelle qui sous-tend de nombreux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[88,89]. Le concept de dignité est sans doute présent chaque fois qu'il est question de droits de la personne, puisqu'il est intrinsèque à tout être humain et constitue l'une des valeurs essentielles à une société libre et démocratique[90].

On peut considérer la notion de dignité humaine de deux manières, objectivement et subjectivement. La dignité objective comprendrait [Traduction] « une valeur inconditionnelle et incomparable… une valeur immuable et suprême qui est inhérente à tout être humain »[91]. La dignité est quelque chose de constant qui ne dépend pas de la situation dans laquelle la personne se trouve ou du respect que lui témoignent les autres membres de la société.

La dignité subjective, par ailleurs, correspondrait à un sentiment personnel, individuel d'estime de soi. Ce sentiment de dignité n'a rien à voir avec un idéal abstrait d'égalité et de respect, mais a trait à [Traduction] « l'idée que se fait une personne de sa propre valeur »[92]. Elle dépend alors de la perception qu'a la personne de sa valeur ou de son absence de valeur en tant qu'être humain : elle est une mesure de son estime de soi[93]. Elle est alors spécifique à chaque personne. Lorsque la Cour suprême du Canada entreprend une analyse portant notamment sur la dignité humaine, pour trancher une question de discrimination par exemple, elle considère l'impact qu'une mesure gouvernementale peut avoir sur la dignité tant objective que subjective.

Le sentiment qu'a une personne de sa propre valeur ou son estime de soi serait-il diminué si l'État reconnaissait un droit de propriété sur le corps ou le matériel humain? Le corps est-il sacré, renfermant l'essence d'une personne ou de sa personnalité, ou n'est-ce qu'une prison ou une entrave? Le droit de commercialiser le corps porterait-il atteinte à l'intégrité physique et psychologique de la personne, à son autonomie? La délivrance d'un brevet sur du matériel humain prélevé sur une personne est-elle contraire à la dignité humaine?

Pour de nombreuses personnes, l'existence d'un marché légal pour des cellules ou des tissus humains aurait pour effet de rabaisser la dignité humaine. Le corps et la personne sont si intimement liés qu'un outrage au corps physique serait un outrage à la personne. L'idée réductrice qu'une personne puisse être considérée comme une collection de parties et de matières corporelles susceptibles d'être achetées ou vendues viendrait à l'encontre de leur sentiment subjectif de respect et d'estime de soi, et à l'encontre de la notion objective selon laquelle les êtres humains possèdent une richesse incomparable et sans prix.

Pour d'autres, le fait que du matériel puisse être prélevé d'un corps humain et utilisé pour créer des produits brevetables susceptibles d'engendrer des bénéfices considérables pour les inventeurs et les sociétés de biotechnologie ternirait aussi l'idée qu'ils se font de la dignité humaine. Que le gouvernement accorde un brevet conférant un droit de propriété intellectuelle sur de tels produits serait pour eux inquiétant.

Certains par contre considèrent que le corps est une chose distincte de la personne et n'y verraient aucun mal. Il n'y aurait pas atteinte à la dignité humaine, puisque celle-ci appartient à la personne qui habite le corps, et non au corps lui-même. À leurs yeux, le corps n'a pas d'importance au plan moral et ne possède pas de dignité intrinsèque. En fait, ils pourraient trouver offensant que certaines personnes puissent tirer profit du matériel humain utilisé dans une invention alors que le donneur de ce matériel brut n'a pas le droit d'obtenir une part de ces profits.

6.3.2 Analyse

La common law a évolué et reconnaît désormais à la personne certains droits de quasi-propriété sur son corps. Malgré l'occasion offerte par l'affaire *Moore*, précitée, elle

---

87 *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 97.

88 *Charte canadienne des droits et libertés*, annexe B de la *Canada Act 1982*, (Royaume-Uni) 1982, ch. 11 [ci-après la *Charte*].

89 Dierk Ullrich, "Concurring Visions : Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Republic of Germany" (2003) 3.1 Global Jurist Frontiers 1 p. 25.

90 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 106 p. 136.

91 Sophia Moreau, "The Wrongs of Unequal Treatment" (2004) 54 U of T L.J. 291 p. 295.

92 *Ibid.*, p. 313.

93 *Ibid.*

n'a cependant pas évolué au point de conférer à une personne le droit d'aliéner son corps moyennant contrepartie, comme une somme d'argent, ou d'être indemnisée pour du matériel corporel prélevé sans son consentement.

Il arrive régulièrement que les chercheurs et les entreprises revendiquent des droits de propriété intellectuelle sur des inventions comportant du matériel humain. Si le commissaire des brevets juge que l'invention est brevetable, il doit délivrer un brevet conférant à son titulaire le droit d'interdire aux autres d'utiliser, de fabriquer ou de vendre l'invention en question. Le droit d'interdire aux autres d'utiliser un bien est considéré par plusieurs comme étant le droit essentiel qu'une personne doit avoir sur ce bien pour qu'il soit considéré comme étant sa propriété. Il est clair que ces inventions ou ce matériel biologique peuvent être de tels biens.

Même si un brevet assure un droit de propriété incorporelle, on pourrait dire que, parce qu'il garantit à son titulaire le droit exclusif d'utiliser l'invention, une séquence isolée d'ADN dans le domaine de la biotechnologie, par exemple, il lui confère certains aspects d'un droit de propriété sur le bien matériel faisant l'objet du brevet. Cela est particulièrement vrai lorsque l'« invention » diffère peu du matériel humain brut. En ce qui concerne les gènes humains, on trouve chez plusieurs auteurs ainsi que dans des rapports gouvernementaux une certaine préoccupation devant le nombre sans cesse grandissant de ces matières brevetables, et dans bien des cas, les critiques ont fait remarquer que l'utilité ou la fonction biologique de l'invention est inconnue au moment où le brevet est délivré[94]. D'autres, par contre, ont souligné que l'« utilité » était un critère décisif pour qu'un brevet soit accordé.

Aux États-Unis, des brevets sont délivrés pour des coordonnées de protéines, des SNP, comme la séquence permettant le diagnostic des mutations du gène BRCA (responsable du cancer du sein), et des séquences EST. Il serait plus juste de qualifier ce matériel biologique breveté d'outils de recherche. Les coordonnées de protéines n'ont peu ou pas de valeur en soi, mais peuvent faire l'objet d'un brevet. Leur véritable valeur économique découle du produit final, c'est-à-dire un médicament mis au point à l'aide de l'outil de recherche[95].

Le nombre de plus en grand de brevets délivrés aux États-Unis révèle une contradiction de la loi. La loi interdit qu'un droit de propriété soit accordé à une personne sur son matériel corporel, mais reconnaît aux sociétés pharmaceutiques et biotechnologiques des droits de propriété intellectuelle sur ce même matériel, même si dans certains cas, très peu d'inventivité est requise et la différence entre le matériel corporel breveté et le matériel naturel est très mince.

Par le passé, on pouvait expliquer que des droits de propriété soient accordés sur du matériel humain en appliquant la théorie de la propriété de John Locke. L'inventeur, utilisant des matières premières comme des cellules humaines, créait un produit, fruit de son labeur physique et intellectuel. En tant qu'être humain, l'inventeur a un droit inaliénable de propriété sur lui-même, et c'est ce droit, combiné au labeur physique et intellectuel de l'inventeur, qui lui confère un droit de propriété sur le produit fini. Selon cette théorie, le produit fini est différent de la matière brute, soit le matériel humain prélevé. L'inventeur n'a aucun droit de propriété sur le matériel se trouvant dans le corps du donneur. Si l'État lui accorde des droits de propriété intellectuelle sous la forme d'un brevet, c'est seulement sur le produit fini et non sur le matériel se trouvant dans le corps humain.

Il se peut que la théorie de John Locke en matière de propriété ne permettent plus tout à fait d'expliquer les droits de propriété intellectuelle sur toutes les inventions biologiques. Par exemple, le recours aux techniques informatiques pour identifier des séquences d'ADN réduit au minimum le travail physique ou intellectuel requis pour produire une invention brevetable. Comme nous l'avons noté plus haut, certains critiques américains font valoir que le critère de l'utilité, nécessaire pour obtenir un brevet, n'est plus strictement appliqué, de sorte que des brevets sont souvent délivrés pour des inventions dont l'utilité n'est pas toujours alors évidente. Si ces critiques se révèlent fondées, la concession aux inventeurs d'un droit de propriété sur du matériel humain prélevé peut ne pas être justifiée. De plus, si les inventeurs peuvent obtenir un droit de propriété sur du matériel humain avec peu ou pas

[94] Barton, note 43, p. 102; *Nouvelles frontières*, *supra*, note 26, p. 37.
[95] Barton, *ibid.*, p. 102-03.

de travail, alors l'argument selon lequel on ne peut conférer de droit de propriété à une personne sur son propre matériel corporel prélevé parce qu'elle n'a apporté aucun labeur physique ou intellectuel perd de sa force.

La commercialisation toujours rentable d'inventions à base de matériel humain par l'industrie de la biotechnologie, sans que les donneurs ne soient indemnisés, peut elle-même être considérée comme une atteinte à la dignité humaine. Les donneurs peuvent se sentir de plus en plus exploités comme source de matériel humain brut, et peuvent se sentir dévalorisés et humiliés. Litman et Robertson ont soulevé la même préoccupation en ce qui a trait à la dignité humaine[96]. Ils ont avancé comme hypothèse qu'en désavouant le droit de contrôle exclusif qu'a une personne sur son corps et son matériel corporel prélevé, on portait atteinte au respect et à la dignité de l'homme[97]. C'est peut-être ce que la Cour d'appel a voulu souligner dans l'arrêt *Moore*, précité, lorsqu'elle a fait remarquer que le droit sur son propre matériel génétique et le pouvoir de disposer de ses tissus corporels prélevés protégeait tant le droit à la vie privée que le droit au respect de la dignité humaine[98].

6.3.3 Conclusion

Il n'existe pas de droit de propriété sur le corps, mais comme il y a des droits de quasi-propriété qui sont accordés afin de préserver la valeur de ce dernier au plan moral, on peut penser que la porte n'est pas complètement fermée sur cette possibilité. Les notions de valeur morale de la personne et de dignité humaine sont étroitement liées. Le fait que les sociétés puissent prélever, raffiner et breveter des parties du corps humain afin de récolter d'éventuels profits, alors que le donneur ne dispose d'aucun mécanisme juridique pour faire reconnaître sa contribution, peut être considéré par plusieurs comme une atteinte à la dignité humaine. Les donneurs peuvent se sentir exploités, leur seule valeur se résumant à une source de matériel humain brut.

En vertu de la loi, rien n'oblige le titulaire de brevet à reconnaître celui qui a fourni le matériel humain, soit en partageant les bénéfices avec lui ou en faisant une contribution à la collectivité. Les dés sont clairement pipés en faveur de l'industrie. Une manière de rectifier les choses serait peut-être de reconnaître un droit de propriété sur le corps humain ou un droit universel à la propriété de son corps.

Certains rejetteront cet argument en disant que la collectivité reçoit bel et bien un avantage sous la forme d'inventions, et dans le cas de la recherche biomédicale, sous la forme de remèdes pouvant guérir des maladies. Mais pour les personnes qui ont sacrifié temps et énergies pour donner du matériel humain et lever des fonds pour des recherches biomédicales qui aboutissent à des inventions très lucratives, une plus grande reconnaissance est de mise.

On pourrait faire valoir qu'afin de préserver la dignité humaine, il faudra sans doute que le droit évolue de façon à garantir que les donneurs de matériel humain reçoivent une rémunération en contrepartie lorsqu'il s'avère que le produit a une valeur commerciale. Cette solution, même si elle ne signifie pas que la personne aurait un droit de propriété illimité sur son corps, garantirait que l'inventeur et le donneur soient traités équitablement. Les deux seraient reconnus par la société pour leur estimable contribution à l'avancement de la science et à l'innovation et qui pourrait aider à trouver un remède aux nombreuses maladies débilitantes qui affligent l'homme.

L'enrichissement injustifié et l'appropriation illicite constituent sans doute les deux fondements juridiques les plus solides sur lesquels le donneur pourrait s'appuyer pour réclamer un partage des bénéfices réalisés par le titulaire de brevet. Mais dans l'un ou l'autre cas, pour avoir gain de cause, il faudrait que le tribunal lui reconnaisse un droit de propriété limité sur son corps et les tissus ou les cellules y ayant été prélevées. Un puissant argument serait que la reconnaissance par la common law d'un droit de propriété sur le corps humain ne créerait pas de précédent. Les personnes possèdent déjà un certain nombre de droits qui vont dans ce sens, comme le droit de contrôle, que l'on pourrait qualifier d'indicateur le plus sûr de l'existence d'un droit de propriété sur un bien.

---

[96] Moe Litman et Gerald Robertson, "The Common Law Status of Genetic Materials," in Bartha Maria Knoppers, Timothy Caulfield et T. Douglas Kinsella, éd., *Legal Rights and Human Genetic Materials* (Toronto: Edmond Montgomery Publications Ltd., 1996).

[97] *Ibid.*, p. 60.

[98] Moore CA, *supra*, note 80.

6.4 Brevets et droits de la personne

Jusqu'ici, personne n'a allégué que les brevets pouvaient porter atteinte aux droits de la personne. Certains chercheurs ont fait des affirmations qui vont dans ce sens, mais une telle assertion n'a encore fait l'objet d'aucune analyse poussée. Dans le but de corriger la situation, nous formulerons dans cette section trois scénarios hypothétiques afin de contribuer à une analyse qui déterminerait si les brevets mettent en cause les droits de la personne.

Nous commencerons la discussion en abordant : (1) les principes du droit international, (2) le droit dans d'autres pays, (3) le droit canadien et (4) la doctrine.

6.4.1 Instruments internationaux et régionaux

Accords commerciaux internationaux

Accord sur les ADPIC

Le Canada est un membre de l'OMC et à ce titre doit se conformer aux dispositions de l'*Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de 1995[99] (Accord sur les ADPIC). Les États membres doivent respecter les articles de l'Accord sur les ADPIC qui définissent les règles relatives à différents types de propriété intellectuelle, comme le droit d'auteur, les marques de commerce, les dessins industriels et les brevets.

Selon le paragraphe (1) de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, un brevet peut être obtenu pour toute invention à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Il est interdit aux États membres de faire de la discrimination relativement à la délivrance d'un brevet sur une application technologique, sauf en conformité avec l'une ou l'autre des exemptions prévues au texte. L'Accord sur les ADPIC permet aux États membres d'exclure de la brevetabilité les inventions qui pourraient porter atteinte à l'ordre public ou à la moralité en vertu de la disposition suivante :

> 27.2 Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.

Le Conseil des ADPIC a l'autorité voulue pour veiller à ce que chaque État membre se conforme à ses obligations et a mis en place un mécanisme de règlement des différends. Lorsque l'Accord est entré en vigueur, les pays développés, dont le Canada, disposaient d'une année pour s'assurer que leurs lois et pratiques étaient conformes. L'OMC passe régulièrement en revue les pratiques commerciales des États membres pour garantir qu'elles respectent toutes les ententes commerciales. En cas de différend entre États membres portant sur le respect de l'Accord, l'organisme de règlement des différends forme un groupe de travail chargé d'étudier l'affaire; si le membre délinquant refuse de se conformer à une décision, l'organisme a le pouvoir d'autoriser des mesures de rétorsion, y compris des sanctions commerciales.

ALENA

Le Canada a signé l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) en 1994, avec les États-Unis et le Mexique. En vertu de l'ALENA, les trois pays forment une zone de libre-échange des biens et services, y compris la propriété intellectuelle. Selon l'article 1709:2 de l'ALENA, l'un ou l'autre des trois États membres peut exclure toute invention de la brevetabilité pour des motifs d'ordre public ou de moralité.

Instruments internationaux de défense des droits de la personne

Les instruments de défense des droits de la personne des Nations unies n'abordent pas directement la question des brevets. Ils contiennent plutôt des principes généraux qui peuvent servir de lignes directrices.

---

[99] L'*Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, Accord de Marrakesh instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1C, Instruments juridiques découlant du Cycle d'Uruguay, vol. 31, 33 I.L.M. 81 (1994) [ci-après Accord sur les ADPIC].

L'article 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[100] reconnaît le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre, et énonce les mesures que les États parties doivent prendre en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

> 12.1 Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.
>
> 2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :
>
> a. La diminution de la mortinatalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant;
>
> b. L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle;
>
> c. La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies;
>
> d. La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) des Nations unies fournit des conseils pour l'interprétation de l'article 12 dans son Observation générale nº 14[101]. Dans l'Observation générale, on peut lire que « la santé est un droit fondamental de l'être humain, indispensable à l'exercice des autres droits de l'être humain »[102]. À l'article 8, l'Observation générale précise que « le droit à la santé ne saurait se comprendre comme le droit d'être en bonne santé », mais qu'il « suppose à la fois des libertés et des droits ». Le Comité souligne que le droit à la santé n'impose pas aux États parties l'obligation de garantir que tous leurs citoyens soient en bonne santé et jamais malades. Bon nombre des facteurs influant sur la santé d'une personne échappent à la volonté de l'État, comme les facteurs génétiques et l'adoption de modes de vie malsains ou à risque. En conséquence, le droit à la santé doit être entendu comme le droit de jouir « d'une diversité d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires à la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint »[103].

L'article 15.1 du PIRDESC se lit ainsi :

> 15.1 Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
>
> a. De participer à la vie culturelle;
>
> b. De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
>
> c. De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Comme nous l'avons noté aux chapitres 2 et 3, il n'y a pas beaucoup de publications ou de commentaires concernant les droits de la personne ou les obligations de l'État en vertu de l'article 15.1. En 2001, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, dans la foulée de sa journée de débat général sur l'article 15.1c), a adopté une déclaration sur la propriété intellectuelle et les droits de la personne[104]. L'objet de cette déclaration est de « ... préciser un certain nombre de principes fondamentaux en

---

[100] *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 U.N.T.S. 3 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) [ci-après PIDESC]. L'article 27, paragraphe 1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* prévoit que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent », et selon le paragraphe 2, « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

[101] Observation générale nº 14 (2000), Distr. GÉNÉRAL E/C. 12/2000/4, 11 août 2000.

[102] *Ibid.*, article 1.

[103] *Ibid.*, articles 8 et 9.

[104] Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Vingt-septième session, Genève, 12-30 novembre 2001. Internet : http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/466/42/PDF/G0146642.pdf?OpenElement

matière de droits de l'homme qui découlent du Pacte et qui doivent être pris en considération dans l'élaboration, l'interprétation et la mise en oeuvre des régimes de propriété intellectuelle contemporains[105] ».

Dans la déclaration, le Comité prend soin de faire la distinction entre les droits de la personne et les droits juridiques reconnus dans les régimes de propriété intellectuelle. Il affirme :

> Le fait que l'individu est le sujet central et le principal bénéficiaire des droits de l'homme est ce qui distingue ces droits, notamment le droit des auteurs de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels sur leurs oeuvres, des droits juridiques reconnus dans les régimes de propriété intellectuelle. Les droits de l'homme sont des prérogatives fondamentales, inaliénables et universelles qui appartiennent aux individus et, dans certaines situations, aux collectivités. Les droits de l'homme sont des droits fondamentaux dans la mesure où ils sont inhérents à la personne en tant que telle, alors que les droits découlant des régimes de propriété intellectuelle sont des droits instrumentaux, dont les États peuvent se servir pour promouvoir l'esprit d'innovation et de créativité, dans l'intérêt de la société. Contrairement aux droits de l'homme, les droits de propriété intellectuelle sont généralement provisoires, et ils peuvent être révoqués, concédés sous licence ou attribués à quelqu'un d'autre. Si les droits de propriété intellectuelle peuvent être cédés, avoir une durée et une portée limitées ou être négociés, modifiés, voire perdus, les droits de l'homme sont intemporels et sont l'expression des prérogatives fondamentales appartenant à la personne. Ils ont pour objet d'assurer un niveau satisfaisant de protection et de bien-être à l'être humain, alors que les régimes de propriété intellectuelle — bien que conçus à l'origine pour accorder une protection à des auteurs et à des créateurs en tant qu'individus — tendent de plus en plus à protéger les intérêts et les investissements des milieux d'affaires et des entreprises. En outre, l'étendue de la protection des intérêts moraux et matériels des auteurs prévue à l'article 15 du Pacte ne coïncide pas nécessairement avec celle des droits de propriété intellectuelle au sens de la législation nationale ou des accords[106].

La déclaration établit des motifs justifiant qu'on fasse une distinction entre les droits fondamentaux de la personne et les droits de propriété intellectuelle d'un auteur ou d'un inventeur, et qu'on accorde plus d'importance aux droits inhérents de la personne. En ce qui a trait aux objectifs poursuivis par les régimes de propriété intellectuelle, le Comité affirme que « [...] en dernière analyse, la propriété intellectuelle est un bien social et elle a une fonction sociale. Sa protection doit tendre au bien-être des individus [...][107] ».

Le Comité a précisé un certain nombre de principes en matière de droits de la personne dont il faut tenir compte lorsqu'on adopte un régime de propriété intellectuelle. Il a insisté par exemple sur les droits à l'égalité qui doivent être protégés et sur l'attention particulière qu'il faut accorder aux personnes et aux groupes défavorisés[108]. Le Comité a aussi souligné l'importance de faire participer les personnes touchées par les régimes de propriété intellectuelle au processus de prise de décisions.

En ce qui a trait à l'obligation qui incombe aux États parties eu égard aux droits reconnus dans le PIRDESC, le Comité affirme :

> Le Comité tient à souligner que tout régime de propriété intellectuelle qui empêche un État partie de s'acquitter de ses obligations fondamentales en matière de droits à la santé, à l'alimentation et à l'éducation, en particulier, ou de tout autre droit consacré dans le Pacte est incompatible avec les obligations juridiquement contraignantes dudit État partie[109].

En ce qui a trait à la coopération et à l'assistance internationale, le Comité a souligné qu'il est « primordial que les régimes de protection de la propriété intellectuelle facilitent et promeuvent l'aide au développement, le transfert de technologies et la collaboration scientifique et culturelle[110] ». Il a laissé entendre que les règles applicables à la protection de la propriété intellectuelle ne doivent pas nécessairement être uniformes, et il a

---

[105] *Ibid.*, par. 2.
[106] *Ibid.*, par. 6.
[107] *Ibid.*, par. 4.
[108] *Ibid.*, par. 8.
[109] *Ibid.*, par. 12.
[110] *Ibid.*, par. 15.

préconisé l'adoption d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement[111].

Le Comité a rédigé le texte provisoire d'une Observation générale sur l'article 15.1c) qu'il a présenté à des experts en août 2004 et étudié à l'occasion de la 33e session en novembre 2004. Le Comité n'a pas adopté le texte durant la dernière session parce qu'il était toujours à l'étude.

Au moins une chercheure, Audrey Chapman, a beaucoup écrit sur l'article 15. Elle note que le PIRDESC est le principal instrument de défense des droits de la personne qui traite de l'équilibre à atteindre entre les droits des inventeurs et des créateurs d'une part, et l'intérêt général d'autre part[112]. Toutefois, ces droits et les obligations correspondantes, pour différentes raisons, n'ont pas été beaucoup approfondis. Elle suppose que la mondialisation de l'économie et la privatisation grandissante de la science de même que sa commercialisation ont entravé l'atteinte de l'équilibre prôné à l'article 15[113].

Même si plus de 130 pays ont signé le PIRDESC et sont donc légalement tenus de se conformer à ses dispositions, Chapman note que les décideurs politiques et les législateurs passent, pour la plupart, sous silence la question des droits de la personne dans leurs [Traduction] « décisions relatives aux régimes de propriété intellectuelle, ne retenant pour l'essentiel que des considérations d'ordre économique »[114]. Elle renvoie aux travaux de C.G. Weeramantry, qui a écrit au début des années 1980 sur les répercussions du progrès technologique effréné. À son avis, les innovations technologiques surgissent si rapidement dans la société que c'est la technologie qui guide les politiques gouvernementales, et non le contraire. Aussi, les centres décisionnels se sont déplacés, le pouvoir se concentrant au sein de grandes sociétés transnationales qui peuvent partager des intérêts communs avec les cadres de ministères gouvernementaux, aux dépens du processus démocratique. C'est ainsi que d'importantes décisions politiques touchant les applications technologiques sont souvent prises aux plus hauts niveaux du pouvoir législatif et exécutif, niveaux auxquels les groupes de défense de l'intérêt public ont peu accès[115].

Le professeur Chapman laisse entendre que l'équilibre à atteindre en vertu de l'article 15 signifie qu'il faut hausser la barre quand vient le temps d'étudier une demande de brevet et se demander si l'invention proposée respecte la dignité inhérente de l'être humain ainsi que les normes fondamentales en matière de droits de la personne[116].

Mais quels sont ces principes ou normes que l'État devrait considérer en vertu de l'article 15? Chapman nous dit que l'article 15.1b) confère à la personne trois droits fondamentaux : (1) le droit de bénéficier du progrès scientifique et des innovations technologiques; (2) le droit de choisir, de fixer des priorités et de prendre des décisions au sujet des grandes innovations scientifiques et technologiques; (3) le droit d'être protégé des effets possiblement néfastes des progrès scientifiques et technologiques, tant sur le plan individuel que collectif[117]. Par exemple, le droit de bénéficier des progrès scientifiques et technologiques implique au moins la possibilité de bénéficier des innovations scientifiques [Traduction] « sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine sociale ou nationale, la propriété, la naissance ou autre statut »[118].

L'article 15.1c) impose aux États parties l'obligation de protéger les intérêts moraux et matériels des auteurs et des inventeurs. Le professeur Chapman note toutefois qu'il leur accorde une grande latitude dans la mise en place d'un système de protection de la propriété intellectuelle[119], et qu'ils peuvent user de ce pouvoir discrétionnaire pour concevoir des systèmes ou des régimes qui tiennent effectivement compte des droits de la personne. Elle soutient que le droit au respect de la propriété intellectuelle est un droit fondamental et universel qui diffère des droits économiques protégés par les lois traditionnelles en matière de propriété intellectuelle[120]. Pour respecter les droits de la

---

111 *Ibid.*

112 A.R. Chapman, "A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, And Access to the Benefits of Science" (1998) p. 1. Internet : http://www.wipo.org (consulté le 18 juin 2004).

113 *Ibid.*, p.3.

114 *Ibid.*, p. 2.

115 C.G. Weeramantry, *The Slumbering Sentinels : Law and human rights in the wake of technology* (Ringwood, Victoria, Australia and Harmondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1983) chapitre 10.

116 Chapman, note 112, p. 2.

117 *Ibid.*, p.2 et 9.

118 *Ibid.*, p. 9.

119 *Ibid.*, p. 13.

120 A.R. Chapman, "The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection" (2002) JIEL 861.

personne et les normes qui s'y rattachent, les régimes de protection de la propriété intellectuelle et les systèmes de brevetage doivent tenir compte des principes suivants :

[TRADUCTION]

1. Les droits de propriété intellectuelle doivent tenir compte de la dignité humaine telle qu'elle est comprise dans les différents instruments internationaux de défense des droits de la personne et des normes en la matière qui y sont définies;

2. les droits de propriété intellectuelle liée à la science doivent promouvoir le progrès scientifique et l'accès à ses bénéfices;

3. les régimes de propriété intellectuelle doivent respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et à l'activité créatrice;

4. les régimes de propriété intellectuelle doivent encourager les contacts et la coopération internationaux dans les domaines scientifique et culturel[121].

Selon le professeur Chapman, une approche centrée sur les droits de la personne signifie que l'État doit entreprendre [Traduction] « une analyse très rigoureuse et décloisonnée des impacts résultant d'innovations particulières, ainsi qu'une évaluation des changements proposés en matière de protection de la propriété intellectuelle [...] Il lui faudra être particulièrement sensible à leurs effets sur les groupes de la société dont le bien-être n'est souvent pas pris en compte dans les calculs des décideurs dans le domaine de la propriété intellectuelle [...] »[122]. Elle est d'avis que, du point de vue des droits de la personne, la propriété intellectuelle doit être considérée comme un produit social ayant une fonction sociale[123]. Les dispositions relatives à l'ordre public ou à la moralité que l'on trouve dans la *Convention sur le brevet européen* et dans la *Directive 98/44/CE* sur la biotechnologie sont une façon de garantir que les droits de propriété intellectuelle tiendront compte des normes internationales en matière de droits de la personne[124].

Dans le préambule de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, adoptée par l'UNESCO en 1997, il est souligné que le génome humain doit « respecter pleinement la dignité, la liberté et les droits de l'homme »[125]. L'article 2 énonce :

a. Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques. Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité[126].

L'article 4 précise que le génome humain en son état naturel ne peut donner lieu à des gains pécuniaires. Dans la pratique toutefois, la *Déclaration* n'a pas eu beaucoup d'effet sur ce qui peut et ne pas être breveté dans la plupart des pays développés[127].

L'article 8, alinéa j) de la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) des Nations unies dispose que les États parties doivent encourager le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances des communautés autochtones et locales liées à la diversité biologique[128]. Le Comité d'éthique de l'Organisation du génome humain (HUGO) a déclaré que l'idée de partage des avantages formulée dans la CDB devrait s'appliquer aussi dans le domaine de la recherche en génétique humaine, de façon que les entreprises commerciales soient tenues de verser une partie de leurs bénéfices nets à des infrastructures médicales ou à des fins humanitaires[129]. Cette idée de partage des avantages se justifie par le fait que le génome humain appartient à tous et se fonde sur des motifs de justice compensatoire, procédurale et distributive[130].

---

[121] *Supra*, note 112, p. 13.
[122] *Ibid.*, p. 10.
[123] *Supra*, note 120, p. 4.
[124] *Supra*, note 112, p. 13.
[125] *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, 11 novembre 1997, UNESCO, 29e session, (adoptée à l'unanimité et par acclamation). En droit international, une déclaration n'a pas de force contraignante pour les États parties, mais signifie plutôt que ceux-ci appuient les principes qui s'y trouvent. Pour de plus amples renseignements, voir le chapitre 1.
[126] *Ibid.*, article 2.
[127] S. Thambisetty, "Study Paper 10: Human Genome Patents and Developing Countries", document de référence, Commission des droits de propriété intellectuelle p. 13, [ci-après *document de référence no 10*]
[128] *Convention sur la diversité biologique* des Nations unies, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, http://www.biodiv.org.
[129] Comité d'éthique de HUGO, "Statement on Benefit Sharing" http://www.gene.ucl.ac.uk.hugo/beneti.html; Gold et Caulfield, note 12, p. 44.
[130] HUGO, *ibid.*

Instruments régionaux

L'Union Européenne

En 1997, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté la *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[131]. La Convention est juridiquement contraignante pour les États parties signataires. Elle dispose que les parties « protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine »[132].

La *Convention* vise à protéger la dignité, les droits et les libertés de l'être humain en énonçant une série de principes et de règles interdisant l'usage à mauvais escient des innovations de la biologie et de la médecine. Elle stipule que l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science[133]. Le Canada n'est pas partie à la *Convention*, mais possède le statut d'observateur. Même si la *Convention* ne peut servir de base pour intenter une action devant un tribunal canadien, elle peut être invoquée pour éclairer les tribunaux sur la manière dont une organisation intergouvernementale en Europe a abordé ces questions.

L'objectif de la *Convention* est formulé à l'article 1 :

> Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

Selon la *Convention*, l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science (article 2). L'article 21 précise :

> **Article 21** — Interdiction du profit
>
> Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit.

Le Comité des ministres a autorisé la publication d'un Rapport explicatif[134] de la *Convention*. Dans le *Rapport*, il est noté que l'article 21 est une application du principe de la dignité de l'être humain. Il énonce, en particulier, que les organes et tissus, y compris le sang, ne sauraient faire l'objet d'un commerce ni « être source de profit pour la personne sur laquelle ils ont été prélevés ou pour un tiers, personne physique ou morale, par exemple un établissement hospitalier »[135]. Le *Rapport* précise toutefois que l'article 21 n'interdit pas la vente « de tissus qui font partie d'un produit médical ou qui ont subi des procédés de fabrication aussi longtemps qu'ils ne sont pas vendus en tant que tels »[136]. Il souligne aussi que l'article 21 n'empêche pas la personne sur laquelle on prélève un organe ou un tissu de recevoir une indemnisation qui, ne constituant pas une rémunération, la dédommage équitablement des frais exposés ou des pertes de revenus.

La vente de produits tels que les cheveux ou les ongles n'est pas visée par l'article 21, car cette activité n'est pas considérée dans le *Rapport* comme une atteinte à la dignité humaine. Enfin, le *Rapport* note que la question des brevets n'a pas été envisagée par rapport à cette disposition, et que cette dernière ne vise donc *pas* la brevetabilité des inventions biotechnologiques.

L'Union européenne a adopté son propre système de brevets et ses propres règles touchant la délivrance et la mise à exécution des brevets ainsi que la définition des inventions brevetables. Les États membres sont liés par ces règles, ainsi que par certains accords internationaux touchant les échanges commerciaux et la propriété intellectuelle. Plusieurs pays sont aussi signataires de la

---

[131] Conseil de l'Europe, *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* (DIR/JUR (96) 14) (Strasbourg: Direction des affaires juridiques, novembre 1996). Internet : http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm. Consulté en 2004 [ci-après *la Convention*].

[132] *Ibid.*

[133] *Ibid.*, article 2.

[134] Rapport explicatif, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, ETS No. 164. Internet : http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/164.htm. Consulté en septembre 2004 [ci-après le *Rapport*].

[135] *Ibid.*, par. 132.

[136] *Ibid.*, par. 132.

Convention sur le brevet européen[137]. La CBE a donné lieu à la création de l'Office européen des brevets (l'OEB) qui a la responsabilité de délivrer les brevets dans chacun des pays signataires.

En 1998, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont adopté la *Directive 98/44/CE*[138] afin de contribuer à l'harmonisation du système de brevets européen. La *Directive* établit un ensemble de règles concernant la brevetabilité de la matière biologique s'appliquant aux États membres[139]. Elle clarifie la brevetabilité de certains éléments d'origine humaine et autre matière biologique pour les États membres de l'Union européenne[140]. L'OEB, un organisme indépendant, n'est pas lié par la *Directive*. En 1999 toutefois, certains articles de la *Directive* ont été incorporés aux règles de la CBE à la suite d'une décision du conseil d'administration de la CBE[141].

Selon la *Directive*, les mêmes principes généraux que ceux que l'on retrouve en droit des brevets (comme celui voulant que pour être brevetable, une invention doit être nouvelle, impliquer une activité inventive et être susceptible d'application industrielle) s'appliquent au matériel biologique[142]. Une matière biologique, comme l'ADN d'une personne, structurellement identique à celle qui existe à l'état naturel, peut être brevetée pourvu qu'elle soit d'une forme différente que celle qui existe à l'état naturel[143]. Le processus d'isolement et de purification de l'ADN le rend donc brevetable en vertu des règles de la *Directive*. L'article 5 énonce ce qui suit :

1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

2. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.

3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet.

L'article 6 de la *Directive* contient aussi une exception relative à l'ordre public et aux bonnes mœurs pour les brevets sur des innovations biotechnologiques. Il donne aussi une liste des inventions (et procédés) jugés contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, notamment le clonage d'êtres humains, la modification de l'identité génétique germinale de l'être humain et les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

L'article 6 se lit ainsi :

1. Les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité, l'exploitation ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire.

2. Au titre du paragraphe 1 ne sont notamment pas brevetables :

   a. les procédés de clonage des êtres humains;

   b. les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain;

---

[137] *Convention sur la délivrance de brevets européens*, Munich, 5 octobre 1973 [ci-après la CBE].

[138] *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil*, 6 juillet 1998. Internet : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0044:FR:HTML [ci-après la *Directive*].

[139] Les États qui ne sont pas membres de l'Union peuvent aussi être visés par la *Directive* s'ils sont signataires de la CBE ou membres de l'Association européenne de libre-échange. E.R. Gold & A. Gallochat, "The European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions : History, Implementation, and Lessons for Canada" (2001), Comité de direction de projet sur la propriété intellectuelle et le brevetage des formes de vie supérieures, Internet : http://cbac-cccb.ca/epic/internet/incccb-cccb.nsf/vwGeneratedInterE/h_ah00128e.html (consulté le 13 février 2004)

[140] Les États qui ne sont pas membres de l'Union peuvent aussi être visés par la *Directive* s'ils sont signataires de la Convention sur le brevet européen ou membres de l'Association européenne de libre-échange.

[141] Voir, par exemple, les règles 23b, 23c, 23d et 23e de la CBE.

[142] *Ibid.*

[143] *Directive*, note 138, article 3(2).

c. les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales;

d. les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.

La clause relative à l'ordre public fournit aux citoyens préoccupés par la question le moyen de contester certains brevets pour le motif qu'ils seraient moralement répréhensibles[144]. Récemment, l'OEB a annoncé qu'il considérait contraire aux bonnes mœurs une invention fondée sur le clonage d'une cellule de porc fusionnée à une cellule humaine[145].

La CBE permet aussi le recours de tiers en accordant à toute personne un délai de neuf mois suivant la délivrance du brevet pour y faire opposition. Ce recours a déjà été utilisé par des groupes de défense de l'intérêt public, comme Greenpeace[146]. Récemment, plusieurs groupes de pression ont entamé une procédure d'opposition contestant la délivrance par l'OEB en 1991 d'un brevet portant sur un gène humain de synthèse codifiant l'hormone féminine « relaxine » et d'un autre brevet portant sur l'hormone elle-même. La Commission des oppositions a toutefois maintenu les brevets et repoussé les arguments des groupes selon lesquels l'invention n'était pas nouvelle et que le brevetage des gènes étaient moralement inacceptable[147].

Les dispositions non contraignantes[148] de la *Directive* traitent aussi de la question du consentement éclairé. L'attendu 26 se lit ainsi :

> considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine humaine ou utilise une telle matière, dans le cadre du dépôt d'une demande de brevet, la personne sur laquelle le prélèvement est effectué doit avoir eu l'occasion d'exprimer son consentement éclairé et libre à celui-ci, conformément au droit national.

Enfin, la *Directive* fait état de deux mécanismes de contrôle destinés à garantir le respect des considérations éthiques liées aux innovations biotechnologiques[149]. D'abord, la Commission européenne doit transmettre au Parlement européen des rapports périodiques sur les répercussions de la Directive du point de vue de la recherche ou de l'éthique. Deuxièmement, le Groupe européen d'éthique évalue tous les aspects éthiques liés à la biotechnologie, y compris ceux qui se rapportent au droit des brevets[150].

6.4.2 L'état du droit dans d'autres pays

Dans cette section, nous examinons l'état du droit relatif au brevetage du matériel corporel humain dans trois autres pays, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie. Nous avons choisi ces pays parce que de nombreux travaux de recherche y ont été effectués dans le domaine de la propriété intellectuelle et du brevetage des matières biologiques. Nous avons examiné la jurisprudence pertinente dans chaque pays en choisissant les arrêts qui illustrent le mieux comment les tribunaux ont abordé ces questions épineuses et ont fait évoluer le droit au rythme des changements dans la biotechnologie et les attitudes sociales.

---

[144] J. Chambers, "Patent Eligibility of a Biotechnological Invention in U.S., Europe, and Japan : How Much Patent Policy is Public Policy?" (2002) 34 The Geo. Wash. Int'l L. Rev. 223 p. 233 [ci-après *Patent Eligibility of a Biotechnological Invention*].

[145] *Directive*, note 138, p. 9. Voir aussi O. Schiermeiser, "Germany Challenges Human Stem Cell Patent Awarded 'By Mistake'" (2000) 404 Nature 3-4.

[146] Comité consultatif canadien de la biotechnologie, Brevetage des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du gouvernement du Canada (Juin 2002) p. 7. Internet : http://cbac-cccb.ca/epic/internet/incCCCB-cccb.nsf/fr/ah00188f.html. Consulté en juin 2004 [ci-après le Rapport].

[147] T. Caulfield, K. Chernawsky & E. Nelson, "Patent Law and Human DNA : Current Practice" in B Knoppers, T. Caulfield & T. D. Kinsella éd., *Legal Rights and Human Genetic Material* (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 1996) 115, p. 125.

[148] Les obligations de l'Europe en vertu de l'Accord sur les ADPIC requièrent que cette disposition soit non contraignante. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les seuls critères de brevetabilité d'une invention selon l'Accord sur les ADPIC sont que celle-ci doit être nouvelle, impliquer une activité inventive et être susceptible d'application industrielle, et que l'invention doit être entièrement dévoilée au public.

[149] *Directive*, note 138, p. 4.

[150] *Ibid.*

Les États-Unis

Le droit des brevets se fonde sur l'article premier, section 8, alinéa 8 de la *Constitution des États-Unis*, qui confère au Congrès le pouvoir de :

> Favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs[...] et de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires[151].

Le Congrès a adopté la première loi sur les brevets, la *Patent Act*, en 1790[152]. De nombreuses modifications ont été apportées à la Loi par la suite; les plus récentes remontent à 1995 et ont été codifiées sous le Titre 35 du *Code* des États-Unis. Aux États-Unis, les droits associés à un brevet n'existent pas à moins d'avoir été conférés par le gouvernement fédéral. Des brevets sont délivrés par le *Patent and Trademark Office* (PTO) des États-Unis seulement après examen de la demande de brevet et de la nouvelle invention alléguée. Si l'examen révèle que le demandeur a droit à un brevet conformément à la loi, le commissaire doit le lui délivrer[153].

Dans la Loi, le terme « invention » est défini comme une « invention ou découverte »[154]. Sont brevetables [Traduction] « tout procédé nouveau et utile, ou toute machine, toute fabrication ou toute composition de matières nouvelle et utile, ou toute amélioration nouvelle et utile y ayant été apportée »[155]. De plus, l'invention ne doit pas être évidente et correspondre à certaines catégories définies dans la loi[156]. La demande de brevet doit aussi contenir une description complète de [Traduction] « l'objet du brevet de sorte qu'une personne ayant une connaissance ordinaire de la technique pertinente puisse fabriquer et utiliser l'invention »[157].

En 1996, la *Patent Act* a été modifiée pour fournir un moyen de défense limitée aux médecins ou aux établissements de santé accusés de contrefaçon de brevet parce qu'ils se seraient engagés dans une « activité médicale »[158]. L'expression « activité médicale » est définie comme étant l'exécution d'un acte médical ou chirurgical sur un corps, un organe ou un cadavre humain, ou sur un animal utilisé pour la recherche médicale directement liée au traitement des êtres humains (35 USC §287(c)(2)(A), (E), (F)). Ce moyen de défense relatif au traitement médical est le seul de son type qui existe dans les lois sur les brevets des pays développés.

Certaines activités sont cependant exclues, dont l'exécution d'un procédé qui violerait un brevet biotechnologique. Même si l'expression « brevet biotechnologique » n'est pas définie, elle comprendrait l'utilisation de matériels génétiques isolés[159]. On a récemment proposé de renforcer le moyen de défense lié au traitement médical, notamment dans le projet de loi 2002 sur la recherche en génomique et l'accessibilité au diagnostic, retiré depuis lors. On trouvait dans le projet de loi une définition plus large de l'activité médicale afin d'inclure les tests génétiques diagnostiques, pronostiques ou prédictifs[160]. Le co-parrain du projet de loi affirmait que celui-ci mettrait les médecins procédant à des tests génétiques à des fins diagnostiques à l'abri des poursuites pour contrefaçon de brevet[161].

Jurisprudence

L'arrêt *Diamond v. Chakrabarty*[162], de 1980, est l'arrêt clé portant sur la brevetabilité des produits de la biotechnologie. Même si l'arrêt ne traitait pas de matériel corporel humain, il a précisé la portée de l'expression « composition de matières » que l'on retrouve dans la loi américaine sur les brevets, qui s'applique à la brevetabilité des matériels humains et animaux.

Dans *Chakrabarty*, tant l'examinateur des brevets que le Board of Appeals du PTO avaient rejeté une demande de brevet pour le motif que l'invention était une chose vivante, et donc non brevetable en vertu de l'article 101 de

---

[151] Constitution des États-Unis, art. 1, s. 8, al. 8.
[152] *U.S. Patent Act*, avec modifications, 35 USC §§ 1-376.
[153] Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard et Kenneth L Port, *Fundamentals of U.S. Intellectual Property Law : Copyright, Patent, and Trademark* (The Hague : Kluwer Law International, 1999) p. 231.
[154] *Supra*, note 152, art. 100.
[155] *Ibid.*, art. 101.
[156] *Ibid.*, art. 102 et 103.
[157] *Supra*, note 153 p. 189.
[158] ALRC, *supra*, note 14, p. 607.
[159] *Ibid.*, p. 607-608.
[160] Genomic Research and Diagnostic Accessibility Bill 2002 (HR 3967) (US) s. 3.
[161] ALRC, note 14, p. 608-609.
[162] *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (Cour suprême des États-Unis) [ci-après *Chakrabarty*].

la Loi. La Cour suprême des États-Unis devait décider si un micro-organisme vivant, génétiquement modifié, était une « fabrication » ou une « composition de matières » au sens de la *Patent Act*. Une majorité de cinq juges a statué qu'un tel micro-organisme était brevetable en vertu de la Loi[163].

Chakrabarty, un microbiologiste, avait déposé trois demandes de brevet distinctes : (1) la première visait le procédé employé pour produire la bactérie, (2) la deuxième visait l'inoculum formé d'un matériel de transport flottant sur l'eau, comme la paille, et de la nouvelle bactérie, (3) et la troisième portait sur la bactérie elle-même[164]. L'examinateur des brevets a accueilli les deux premières demandes mais a rejeté celle portant sur la bactérie elle-même pour le motif que les micro-organismes sont des produits de la nature et que l'article 101 de la Loi ne permet de breveter le vivant[165]. L'article 101 de la loi américaine sur les brevets énonce ce qui suit :

> [TRADUCTION]
>
> La personne qui invente ou découvre tout procédé nouveau et utile, ou toute machine, toute fabrication ou toute composition de matières nouvelle et utile, ou toute amélioration nouvelle et utile y ayant été apportée, peut obtenir un brevet s'y rapportant, aux conditions énoncées dans le présent titre ».

Chakrabarty a interjeté appel de la décision de l'examinateur au Board of Appeals du PTO. Le Board a conclu que, puisque le Congrès avait accordé une protection sous forme de brevets à certaines reproductions asexuées de plantes dans la *Plant Patent Act* de 1930, le législateur n'avait pas voulu que l'article 101 de la *Patent Act* s'applique à des êtres vivants comme des bactéries créées en laboratoire[166].

L'affaire a été portée en appel devant la Cour suprême des États-Unis. Celle-ci a estimé que la question qui lui était soumise en était une d'interprétation de l'article 101 de la Loi. La Cour a fait remarquer que l'expression « composition de matières » avait été interprétée selon l'usage commun, de manière à inclure [Traduction] « toutes les compositions de deux ou plusieurs substances[…] et tous les articles composites, qu'il s'agisse du résultat d'une combinaison chimique ou d'un mélange obtenu mécaniquement, ou qu'il s'agisse de gaz, de liquides, de poudres ou de solides »[167]. La majorité des juges a noté que l'histoire de la *Patent Act* allait dans le sens d'une interprétation large, et a cité les Committee Reports de 1952 sur une refonte de la Loi dans lesquels le Congrès disait souhaiter que la Loi [Traduction] « englobe tout ce qui existe sous le soleil et qui a été fabriqué par l'homme »[168].

Les juges majoritaires ont cependant rapidement fait remarquer qu'il y avait des limites à ce qui pouvait être breveté en vertu de l'article 101 de la Loi. Ils ont noté que les tribunaux avaient statué que les lois de la nature, les phénomènes physiques et les idées abstraites n'étaient pas brevetables. Une nouvelle découverte minérale dans le sol, ou une nouvelle plante découverte à l'état naturel n'est pas brevetable, pas plus que la découverte d'Einstein selon laquelle $E=mc^2$. Citant la jurisprudence, le juge en chef Burger, écrivant au nom de la majorité, a noté que ces découvertes étaient [Traduction] « des manifestations[…] de la nature, accessibles à tous et l'apanage de personne »[169].

Selon la majorité, il était clair que le micro-organisme vivant génétiquement modifié était brevetable. Elle a noté qu'il ne s'agissait pas d'un organisme susceptible d'être trouvé à l'état naturel, mais qu'il s'agissait plutôt d'une fabrication ou d'une composition de matières, un produit de l'activité humaine ayant un nom, un caractère et un usage spécifiques. L'invention pouvait être particulièrement utile, à savoir la dégradation du pétrole brut[170].

L'argument selon lequel le vivant n'était pas brevetable en vertu de la *Patent Act* parce que le Congrès avait adopté la *Plant Patent Act* en 1930 et la *Plant Variety Protection Act* en 1970 a été rejetée par la majorité. Le juge en chef Burger a noté que deux facteurs expliquaient pourquoi les plantes n'étaient pas brevetables en vertu de la *Patent Act*. D'abord, le PTO avait rejeté en 1889 une demande de brevet sur une fibre présente dans une plante, craignant que cela ne mène à des brevets sur tous les arbres de la forêt et toutes les plantes de la nature, ce qui serait déraisonnable et impossible. Deuxièmement, il était jugé impossible de produire une description écrite

---

[163] *Ibid.*, p. 1.
[164] *Ibid.*, p. 3.
[165] *Ibid.*, p. 3.
[166] *Ibid.*
[167] *Ibid.*, p. 4.
[168] *Ibid.*
[169] *Ibid.*, p. 5.
[170] *Ibid.*

des plantes qui serait suffisante pour satisfaire aux exigences de la *Patent Act*[171].

La majorité a conclu que rien dans le libellé ou l'historique des textes de loi de 1930 et de 1970 n'indiquait qu'ils avaient été adoptés parce que l'article 101 de la *Patent Act* interdisait d'inclure le vivant. Le juge en chef Burger a fait remarquer qu'il revenait au Congrès et non aux tribunaux de définir les limites de la brevetabilité, mais qu'une fois que le Congrès s'était prononcé :

> [TRADUCTION]
>
> [...] les tribunaux ont compétence pour dire ce qu'est le droit et sont tenus de le faire[...] Nous le faisons en interprétant les mots employés par le Congrès. Pour ce faire, nous devons prendre les textes tels que nous les trouvons, en nous guidant, en cas d'ambiguïté, par l'historique du texte et les fins législatives poursuivies[172].

Le juge en chef Burger a indiqué qu'en l'occurrence, il n'y avait pas d'ambiguïté, puisque les dispositions législatives en question étaient rédigées en des termes généraux de manière à satisfaire à l'objectif constitutionnel et législatif consistant à favoriser l'avancement des sciences et des arts, afin que la société puisse tirer parti des avantages sociaux et économiques qui en résultent[173].

Le juge en chef Burger a mentionné les risques et les craintes soulevés par le demandeur relativement à l'octroi de brevets visant des organismes vivants génétiquement modifiés. Il a noté que la Cour avait été invitée à prendre en compte ces préoccupations en rendant sa décision quant à la brevetabilité. Il écrit :

> [TRADUCTION]
>
> [...] nous ne sommes pas compétents pour nous pencher sur ces questions, que ce soit pour les rejeter comme étant des fantaisies générées par la peur de l'inconnu, ou encore pour leur donner suite. Le choix qu'on nous presse de faire est une question de politique supérieure qui doit être tranchée par le processus législatif, après tous les examens, enquêtes et études que les corps législatifs peuvent réaliser, mais non les tribunaux. Il y a des valeurs et des intérêts divergents à soupeser, ce qui dans notre système démocratique relève de nos représentants élus [...] les thèses qui sont débattues devant nous doivent être abordées par les instances politiques du gouvernement, du Congrès et de l'Exécutif, et non par les tribunaux[174].

Selon la majorité, les craintes et les préoccupations soulevées au sujet du brevetage de matériel vivant génétiquement modifié étaient des questions qui devaient être soumises au Congrès qui, étant composé d'élus, avait la responsabilité de mener des enquêtes et de soupeser les intérêts divergents, et de modifier la Loi si nécessaire.

L'affaire *Ex parte Allen*[175] a suivi l'affaire *Chakrabarty*, précitée, ainsi que l'affaire *Ex parte Hibberd*[176], où le Board of Patent Appeals a conclu que des plantes multicellulaires fabriquées par l'homme étaient brevetables en vertu de l'article 101 de la *Patent Act*. Dans *Ex parte Allen*, la question était de savoir si une souche non naturelle génétiquement modifiée d'huîtres polyploïdes (organismes vivants pluricellulaires) était brevetable en vertu de l'article 101 de la *Patent Act*. Le Board of Patent Appeals a statué qu'elle l'était, mais malheureusement sa décision n'a pas été publiée.

Peu après la décision dans *Ex parte Allen*, le PTO a publié un avis énonçant ce qui suit :

> [TRADUCTION]
>
> Le Patent and Trademark Office estime dorénavant que les *organismes vivants pluricellulaires* d'origine non naturelle et non humaine, *y compris les animaux*, sont brevetables en vertu de la loi 35 U.S.C. 101[...] Un article de fabrication ou de composition de matières se trouvant à l'état naturel ne sera pas considéré brevetable à moins d'avoir reçu une forme, une qualité, des propriétés ou une combinaison qui sont

---

[171] *Ibid.*
[172] *Ibid.*, p. 7.
[173] *Ibid.*
[174] *Ibid.*, p. 8.
[175] *Ex parte Allen*, 2 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1425 (P.T.O. Bd. App. & Int. 1987).
[176] *Ex parte Hibberd*, 227 U.S.P.Q. (BNA) 443 (Bd. Pat. App. & Int. 1985).

> absentes de l'article original existant à l'état naturel, conformément aux lois existantes[…] *Une demande visant ou incluant un être humain ne sera pas considérée comme brevetable en vertu de la loi 35 U.S.C. 101. La Constitution interdit d'octroyer un droit de propriété limité mais exclusif sur un être humain.* Par conséquent, il est recommandé que toute demande visant un organisme pluricellulaire non végétal qui pourrait englober l'être humain comporte la restriction « non humaine » afin d'éviter qu'elle soit rejetée pour ce motif[…] Par conséquent, le PTO a décidé qu'il étudierait dorénavant les demandes visant des organismes vivants pluricellulaires, y compris les animaux. [Non souligné dans l'original.]

Cet énoncé de politique du PTO a été contesté par neuf demandeurs, y compris le groupe de défense des droits des animaux, *Animal Legal Defence Fund*, pour le motif que la nouvelle règle ou politique contrevenait aux exigences relatives à la notification et aux commentaires du public. L'affaire *Animal Legal Defence Fund v. Quigg*[177], a été rejetée par la Cour d'appel des États-Unis, qui a jugé que les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir.

L'affaire *Amgen v. Chugai*[178] portait sur des appels et appels incidents soulevant des questions de validité, de contrefaçon et de comportement injuste relativement à deux brevets. Amgen Inc. détenait un brevet sur des séquences d'ADN purifiées et isolées qui codent l'érythropoïétine (EPO), ainsi que sur des cellules hôtes transformées ou transfectées avec une séquence d'ADN[179]. L'EPO est une protéine comportant 165 acides aminés qui stimule la production de globules rouges et qui est donc utile pour le traitement des personnes soufrant d'anémie ou de troubles sanguins causés par une insuffisance médullaire[180].

L'une des questions que devait trancher la Cour d'appel des États-Unis était de savoir si le brevet d'Amgen était valide ou s'il existait des antériorités[181]. En rendant sa décision, la Cour a fait la déclaration classique suivante :

> [TRADUCTION]
>
> un gène est un composé chimique, mais un composé chimique complexe[182].

Selon certains commentateurs, il s'agit là d'une manière plus appropriée de traiter l'ADN dans le contexte du droit des brevets que de le considérer comme une source ou support d'information[183].

Le PTO des États-Unis a délivré des brevets portant sur des séquences d'ADN humain, des lignées cellulaires humaines, des virus, des embryons, des fœtus, des cellules embryonnaires, des lignées cellulaires animales (combinant des gènes animaux et humains), des animaux multicellulaires transgéniques et des chimères humain-animal[184].

Rapports présentés au gouvernement

En 1987, l'*Office of Technology Assessment* des États-Unis a produit un rapport sur les innovations biotechnologiques intitulé *New Developments in Biotechnology : Ownership of Human Tissues and Cells*[185]. Le rapport avait été demandé par deux comités de la Chambre des Représentants. Il analysait les droits économiques, juridiques et éthiques des personnes ayant fourni des tissus et des cellules, de même que ceux des chercheurs et des médecins qui les avaient obtenus et avaient réalisé des recherches afin d'en faire des produits ayant une valeur commerciale[186].

Les auteurs du rapport soulignaient que la recherche et le développement biomédicaux faisant usage de matériel humain produisaient rarement des résultats dont on pouvait tirer un profit monétaire. De plus, tout produit final était le plus souvent l'aboutissement de matériel humain obtenu auprès de plusieurs individus[187]. Tout

---

[177] *Animal Legal Defence Fund v. Quigg*, 932 F.2d 920; 1991 U.S. App. LEXIS 7884; 18 U.S.P.Q. 2D (BNA) 1677.

[178] *Amgen v. Chugai*, 927F. 2d 1200; 1991 U.S. App. LEXIS 3481; 18 U.S., p.Q. 2D (BNA) 1016 (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit).

[179] *Ibid.*, p. 1-2.

[180] *Ibid.*, p. 2.

[181] *Ibid.*, p. 4.

[182] *Ibid.*

[183] R. Stephen Crespi, "Patenting and Ethics : A Dubious Connection" (2001-02) 5 Bio-Science L. Rev., p. 75.

[184] Cyril R.Vidergar, "Biomedical Patenting : Permitted, But Permissible?" (2002) 19 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 253, p. 261; voir aussi Stacy Kincaid, "Oh, The Places You'll Go : The Implications of Current Patent Law on Embryonic Stem Cell Research" (2003) 30 Pepp. L. Rev. 553, p. 561.

[185] U.S. Office of Technology Assessment, *New Developments in biotechnologie : Ownership of Human Tissues and Cells* (Washington, D.C. : U.S. Government Printing Office, 1987).

[186] *Ibid.*, p.iii.

[187] *Ibid.*, p. 55.

calcul de la contribution individuelle de chacun serait que conjectures dans le meilleur des cas[188].

En ce qui a trait aux droits de propriété, les auteurs du rapport soulignaient qu'un brevet délivré par le gouvernement des États-Unis confère des droits exclusifs au titulaire de brevet et que le brevet lui-même est donc considéré comme un bien personnel. Le rapport examinait les différents éléments ou intérêts de propriété à l'égard du corps humain actuellement reconnus par la loi, comme la vente de matériel corporel renouvelable. Comme aucun domaine du droit ne détermine de manière définitive les droits dont jouissent les personnes qui font don de matériel corporel à des fins de recherche scientifique ou commerciale, et comme ni la common law ni la législation ne traitent spécifiquement de cette question, le rapport concluait qu'il appartient aux tribunaux de traiter des nouvelles questions juridiques qui sont soulevées en se reportant aux principes et à la jurisprudence élaborés dans d'autres circonstances, notamment en ce qui concerne les cadavres, les transplantations d'organes et la vente de sang et de sperme[189].

En 2004, le Council on Bioethics du Président des États-Unis a produit en prépublication une version de son rapport intitulé *Reproduction and Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies*[190]. Le rapport mettait l'accent sur la biotechnologie et la procréation assistée, la connaissance du génome humain et la recherche sur l'embryon humain. Il contenait un ensemble de recommandations de principe touchant la biotechnologie à l'intention du Président des États-Unis, sans toutefois aller jusqu'à recommander que ces activités soient supervisées et réglementées par le gouvernement fédéral, en partie à cause du caractère très controversé de ces questions et de l'absence de consensus dans la société américaine[191].

Les auteurs du rapport notaient que des brevets avaient été délivrés à ce jour aux États-Unis pour des lignées cellulaires et des tissus humains modifiés, ainsi que des molécules d'ADN humain. À leur avis, l'octroi d'un brevet conférait à son titulaire un droit de quasi-propriété, et l'idée selon laquelle une personne pouvait être le propriétaire d'une partie d'une autre personne soulevait de vives inquiétudes[192]. Le rapport soulignait en même temps les aspects positifs d'un régime de brevets, notamment pour favoriser la poursuite de recherches, ce qui était susceptible à la fin de bénéficier à la société. Il contenait la recommandation que le Congrès modifie la législation sur les brevets de manière permanente afin d'interdire les brevets sur les embryons humains, ou tout organisme humain, quel que soit son stade de développement, et que le Congrès légifère afin de restreindre le brevetage des gamètes humaines. Il ne contenait toutefois aucune recommandation touchant le brevetage d'autre matériel corporel humain[193]. (Il y a lieu de souligner qu'aucune des recommandations n'a été mise en application.)

Le Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, une demande de brevet peut être adressée au bureau national des brevets ou à l'Office européen des brevets (OEB) puisque le pays est membre de l'Organisation européenne des brevets. Si le demandeur ne souhaite la protection d'un brevet qu'au Royaume-Uni, il n'est tenu de faire sa demande qu'au titre de la *Patents Act 1977* (modifiée par la *Patents Act 2004*) du Royaume-Uni[194]. S'il souhaite par contre une protection qui s'étende à d'autres pays de l'Europe, il pourrait être plus efficace de présenter une demande de brevet européen à l'OEB[195].

L'article 1 de la *Patents Act* du Royaume-Uni dispose que pour être brevetable, l'invention doit être nouvelle, impliquer une activité inventive, se prêter à une application industrielle et ne pas faire partie des exceptions prévues aux paragraphes 2 et 3. Ces dispositions excluent : (1) toute découverte, (2) toute invention qui encouragerait un comportement offensant, immoral ou antisocial, et (3) toute variété végétale ou animale ou tout procédé biologique servant à la production d'animaux ou de plantes (à l'exception des procédés microbiologiques et leurs produits). Le paragraphe 1(2) comporte la mention « entre autres » (*among other things*), interprétée comme

---

[188] *Ibid.*
[189] *Ibid.*, p. 86-87.
[190] President's Council on Bioethics, *Reproduction and Responsibility : The Regulations of New Biotechnologies* (Prépublication) (Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2004).
[191] *Ibid.*, p. xvii.
[192] *Ibid.*, p.160.
[193] *Ibid.*, p. 181 et 202.
[194] *Patents Act 1977*, ch. 37, modifiée par la *Patents Act 2004*, ch. 16.
[195] Young, et al., note 2, p. 32.

signifiant que la liste des exceptions n'était pas exhaustive et pouvait être allongée par la jurisprudence[196].

Le R.-U. a ratifié la *Convention sur le brevet européen*[197]. Comme tout autre pays signataire de la *Convention*, il doit normalement traiter un brevet européen de la même manière qu'un brevet octroyé en vertu de ses lois internes en matière de brevet. En effet, un brevet européen crée en parallèle une série de brevets nationaux qui doivent être traités comme s'ils émanaient du bureau national des brevets de chaque pays en cause[198]. La *Convention* a institué l'Organisation européenne des brevets qui chapeaute l'Office européen des brevets ainsi qu'un Conseil d'administration. L'Organisation a pour tâche de délivrer les brevets européens. Cette tâche est exécutée par l'Office européen des brevets sous la supervision du Conseil d'administration.

Pour être brevetable en vertu de la *Convention*, une invention doit être nouvelle, susceptible d'application industrielle et impliquer une activité inventive (article 52). L'article 52 énumère des choses qui ne sont pas considérées comme des inventions, notamment les découvertes et les présentations d'information. De plus, les méthodes de traitement chirurgical du corps humain ou animal ainsi que les thérapeutiques et les méthodes diagnostiques appliquées au corps humain ou animal ne sont pas brevetables, mais les produits, notamment les substances ou compositions de matières utilisées dans ces méthodes le sont.

Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi sur les tissus humains (*Human Tissue Bill*) du Royaume-Uni était devant la Chambre des Lords. L'article 1 du projet de loi autoriserait certaines activités liées au corps d'une personne décédée ou au matériel corporel excisé d'une personne décédée ou vivante, comme l'entreposage et l'utilisation. Avant d'entreprendre certaines activités, comme la recherche faisant usage de matériel humain, le chercheur serait tenu d'obtenir une licence ainsi que les consentements voulus (al. 16(2)*c*) et *c*) et Annexe 1, Partie 1, art. 6). En vertu du projet de loi, un organe chargé de délivrer les licences, de rédiger un recueil de directives pratiques et de veiller à l'application de la loi, la Human Tissue Authority, serait créée.

L'article 32 du projet de loi interdit les transactions commerciales visant le matériel humain destiné à une transplantation. Mais le projet de loi ne contient pas de disposition interdisant explicitement le paiement d'une contrepartie pour du matériel humain cédé à des fins de recherche. Au demeurant, aucun autre texte de loi au Royaume-Uni n'interdit que les dons de matériel humain à des fins de recherche ne soit rétribués.

Jurisprudence

En 1926, l'arrêt *Commercial Solvents v. Synthetic Products*[199] donnait pour la première fois au Royaume-Uni le feu vert à la délivrance d'un brevet sur un procédé bactériologique faisant usage de bactéries vivantes pour produire de l'acétone[200]. Même si cet arrêt confirmait la validité du brevet sur un procédé bactériologique, le Patent Office du Royaume-Uni a continué de refuser d'accorder des brevets sur des organismes vivants comme tels, p. ex. les plantes ou les bactéries.

Dans la *General Electric Co. Ltd.'s Application*[201], l'examinateur en chef des brevets a rejeté une demande de brevet portant sur un procédé visant à provoquer artificiellement des mutations chez des micro-organismes au moyen de traitements par électrochocs. Le motif invoqué était que le procédé avait pour résultat de créer [TRADUCTION] « des mutants artificiels dérivés d'organismes vivants sans lien spécifique avec des procédés de fabrication », le procédé revendiqué n'étant donc pas une invention au sens de l'art. 101 de la *Patents Act* du Royaume-Uni[202]. En rendant sa décision, l'examinateur en chef des brevets a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> J'estime que le [Patent] Office a dans l'ensemble interprété de façon large le terme « fabrication » en décidant qu'il s'appliquait au vivant, même d'un

---

[196] *Ibid.*, p. 16.
[197] *Convention sur le brevet européen*.
[198] Nuffield Council of Bioethics, note 3, p. 15.
[199] *Commercial Solvents v. Synthetic Products* (1926), 43 R.P.C. 185 [ci-après *Commercial Solvents*].
[200] *Re Application of Abitibi Co.* (1982) 62 C.P.R. (2d) 81, p. 3 (Patent Appeal Board et Commissioner of Patents) [ci-après *Abitibi*].
[201] *General Electric Co. Ltd.'s Application* [1961] R.P.C. 21 (Superintending Patent Examiner) [ci-après *General Electric*].
[202] *Ibid.*, p. 23.

> ordre inférieur[…] Je crois que nous avons atteint la limite de ce qu'il faut comprendre du terme « fabrication » dans ce domaine, car il serait exagéré d'en étendre le sens de manière à inclure des mutants artificiels dérivés d'organismes vivants sans lien spécifique avec des procédés de fabrication[203].

L'appel a été rejeté par le Patents Appeal Tribunal. En rendant sa décision, celui-ci a fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION]
>
> Cet appel illustre un autre aspect de l'épineux problème que constitue l'interprétation de l'expression « mode de fabrication », et il est rendu en partie plus compliqué par l'usage qui est fait d'organismes vivants dans le procédé. Une règle établie depuis longtemps au Patent Office interdit que soient accueillies des demandes portant sur le traitement des formes de vie les plus avancées, règle essentiellement appliquée de manière empirique, remontant à l'époque où les nombreux niveaux de complexité des formes vivantes n'étaient pas aussi bien connus qu'aujourd'hui[…] Il semble donc que les agents des brevets aient voulu trouver une ligne de démarcation quelconque leur permettant d'établir avec précision la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures, et ainsi de rendre l'application de la règle plus facile[204].

Selon le tribunal, il n'était pas avantageux de retenir un autre critère que celui fourni dans la Loi. Il a conclu que le procédé tel que décrit n'était pas un mode de fabrication et n'était donc pas brevetable[205].

Le Patent Office du Royaume-Uni avait décidé que la « fabrication » ne pouvait s'appliquer au vivant ni aux méthodes comportant le traitement d'organismes vivants. En 1973 toutefois, dans l'affaire *American Cyanamid v. Berk Pharmaceuticals, Ltd.*[206], la Haute Cour a statué que l'objet du brevet, un procédé faisant appel à des souches mutantes de *Streptomyces aureofaciens* pour produire l'antibiotique tétracycline, était une invention au sens de la Loi. La Cour était pressée de statuer que la *Patents Act* n'avait pas une portée suffisamment étendue pour englober un procédé faisant appel à un micro-organisme, et que si une protection devait être accordée à un tel procédé, il appartenait au Parlement d'adopter une nouvelle législation à cet effet[207]. Mais la Cour a rejeté cet argument et a conclu que le procédé en question était intimement lié au commerce et à la fabrication[208]. Depuis, le Patent Office a délivré des brevets sur des souches microbactériennes, des mutants et des isolats de souches naturelles.

L'affaire *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*[209] portait sur des questions relatives à la contrefaçon et à la validité d'un brevet en vertu de la *Patents Act* du Royaume-Uni et de la CBE. En 1984, un brevet avait été accordé à Kirin Amgen pour :

> [TRADUCTION]
>
> […] une séquence d'ADN devant servir à obtenir, dans une cellule embryonnaire procaryote ou eucaryote, l'expression d'un produit polypeptidique ayant au moins en partie la configuration structurale primaire de l'erythropoïétine afin qu'elle ait la propriété biologique d'inciter les cellules de la moelle épinière à augmenter la production de réticulocytes et de cellules rouges et à accroître la synthèse d'hémoglobine ou l'absorption de fer[210].

Comme il a été noté plus haut dans l'affaire *Amgen v. Chugai* aux États-Unis, l'EPO est une protéine qui sert à réguler la production de globules rouges, lesquelles transportent l'oxygène produit par les poumons dans chacun des tissus de l'organisme. L'inventeur a identifié et localisé les séquences de nucléotides qui codent l'EPO chez les êtres humains et, à l'aide de techniques de génie génétique (technologie de l'ADN recombinant), a produit des quantités substantielles d'EPO[211]. L'EPO est importante à la fois pour le diagnostic et le traitement des troubles

---

203 *Ibid.*, p. 22-23.
204 *Ibid.*, p. 25.
205 *Ibid.*
206 *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] F.S.R. 487 (High Court of Justice — Chancery Division) [ci-après *American Cyanamid*].
207 *Ibid.*, p. 512.
208 *Ibid.*, p. 513.
209 *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.* [2002] EWCA Civ. 1096 (Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) (Lexum) Internet : http://www.courtservice.gov.uk/judgments/files/j1329/Kirin_v_Hoechst.htm. [ci-après *Kirin*]
210 *Ibid.*, p. 18.
211 *Ibid.*, p. 4.

sanguins chez les humains. Le brevet britannique et européen s'appliquait à la fois au procédé et au produit[212].

L'une des questions devant la Cour d'appel portait sur la manière dont avait été breveté le résultat des travaux de l'inventeur. La Cour a cité l'article 5 de la *Directive* du Parlement européen et du Conseil qui énonce :

1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

2. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.

3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet.

La Cour a fait remarquer que l'OEB permettait les demandes portant sur des produits définis du point de vue d'un procédé de fabrication, mais que les produits devaient toujours satisfaire aux critères de brevetabilité. Hoechst affirmait que pour être brevetable, l'invention devait être nouvelle, et que dans le cas d'une demande visant un procédé, celui-ci ne pouvait être nouveau que si le produit lui-même était nouveau. En l'espèce, Hoechst affirmait qu'il s'agissait d'un vieux produit[213].

La Cour a noté cependant que la *Directive* autorisait les demandes portant sur un élément du corps humain pourvu qu'il soit « isolé ou autrement produit par un procédé technique, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel »[214]. Selon la Cour, les auteurs de la *Directive* avaient clairement l'intention que soient inclus des éléments biologiques comme des polypeptides produits grâce à un procédé. Elle a donc conclu que le brevet était valide et n'avait pas été violé.

Rapports présentés au gouvernement

En juillet 2002, le Nuffield Council on Bioethics (le « Conseil ») a rendu public un document de discussion intitulé : *The ethics of patenting DNA : a discussion paper*[215]. Le Conseil était financé par le Medical Research Council du Royaume-Uni, la Nuffield Foundation et le Wellcome Trust. En 2000, il a réuni un groupe d'experts (chercheurs, juristes, éthiciens) afin de discuter de diverses questions éthiques et sociales liées au brevetage de l'ADN dans le but de produire un document de travail, des conclusions et des recommandations, et de susciter au bout du compte de nouvelles discussions[216]. Le document de travail explique en détail le système de brevets, en quoi consiste l'ADN humain et les questions entourant le brevetage; il présente des études de cas, traite des questions soulevées et renferme des conclusions et des recommandations en vue de modifier le système de brevets afin de limiter ce que les auteurs considèrent comme [TRADUCTION] « les effets délétères des brevets » déjà octroyés.[217]

Le document de travail conclut qu'en ce qui a trait au brevetage des gènes humains, il y a un degré insuffisant d'« inventivité » et d'« utilité » pour justifier la délivrance d'un brevet. À l'avenir, l'octroi d'un brevet sur des gènes devrait être l'exception plutôt que la règle[218]. Le Conseil note que la description d'un lien entre un gène et une maladie humaine est en réalité une découverte. Il écrit :

> [TRADUCTION]
>
> [...] reconnaître des droits de propriété sur tous les usages, ou même seulement sur tous les usages à des fins diagnostiques, de séquences d'ADN dans le cadre de tests diagnostiques conférerait aux inventeurs un monopole trop considérable, compte tenu de la contribution et de l'inventivité de leur produit, pourrait limiter l'innovation et pourrait, de fait, ne pas satisfaire aux exigences légales du brevetage[...] [et] s'il

---

[212] *Ibid.*, p. 15.
[213] *Ibid.*, p. 20.
[214] *Ibid.*, p. 22.
[215] Nuffield Council on Bioethics, note 3.
[216] *Ibid.*, p. v.
[217] *Ibid.*, p. 69.
[218] *Ibid.*, p. 69-70.

n'y a aucun changement, aura un effet délétère sur la mise au point et l'utilisation de ces tests[219].

Le Conseil recommande que le PTO des États-Unis, l'OEB et le Bureau des brevets du Japon explorent des façons de contrôler plus rigoureusement les demandes de brevet portant sur des séquences d'ADN devant être utilisées à des fins diagnostiques[220]. Il recommande aussi que les trois bureaux considèrent la possibilité de limiter la portée des brevets qui confèrent des droits sur des séquences d'ADN à l'état naturel et de les restreindre aux usages précisés dans les demandes de brevet[221]. Le Conseil recommande aussi de décourager l'octroi de brevets sur des fragments de gènes ou des séquences partielles (comme les SNP ou les EST) utilisés comme outils de recherche[222].

L'Australie

Selon la Constitution australienne, la propriété intellectuelle, y compris les brevets, relève du Parlement du commonwealth d'Australie. Ainsi, le Parlement a adopté la *Patents Act 1990* (Cth) et le *Patents Regulations 1991* (Cth).

La Loi crée le poste de commissaire des brevets qui a le pouvoir de délivrer les brevets sur demande et sur examen du Patent Office (PO). IP Australia, une division du ministère de l'Industrie, du Tourisme et des Ressources, a publié un *Patent Manual of Practice and Procedure* (le *Manual*) pour aider les examinateurs des brevets dans l'application de la Loi et du Règlement. Les demandeurs peuvent demander un brevet ordinaire ou un brevet d'innovation. Ce dernier s'applique aux inventions et doit satisfaire aux exigences de l'Accord sur les ADPIC pour être accordé[223].

Selon l'article 18 de la *Patents Act 1990*, pour être brevetable, une invention doit : (1) être une fabrication, c'est-à-dire un objet brevetable, (2) être nouvelle, (3) impliquer une activité inventive, (4) être utile, et (5) ne pas avoir déjà été utilisée secrètement en Australie avant le dépôt de la demande de brevet. Selon le paragraphe 18(2), les êtres humains et les procédés biologiques servant à leur création ne sont pas des inventions brevetables. Cette disposition n'a pas encore été interprétée par les tribunaux de sorte que sa portée demeure incertaine[224]. Le *Manual* précise toutefois que le paragraphe 18(2) vise (1) les êtres humains, les fœtus, les embryons ou les ovules fertilisés, (2) les méthodes de fécondation in vitro ou les méthodes de clonage pour créer des êtres humains, et (3) les procédés entièrement biologiques (de la fécondation à la naissance) servant à créer des êtres humains. Le *Manual* indique aussi que le paragraphe 18(2) ne s'applique pas aux gènes humains, aux tissus humains ni aux lignées cellulaires humaines, qui peuvent donc être brevetés. Il demeure incertain si le paragraphe 18(2) s'applique aux lignées cellulaires embryonnaires ou aux techniques faisant appel aux cellules souches et la question a fait l'objet de débats[225].

Des brevets standard peuvent être délivrés pour des plantes et des animaux ainsi que pour les procédés biologiques menant à leur création[226]. Selon le paragraphe 18(4), les produits et les procédés microbiologiques sont brevetables.

Le commissaire des brevets peut rejeter une demande en vue d'obtenir un brevet standard s'il juge que le brevet serait illégal (al. 50(1)a)). Le *Manual* indique que le commissaire devrait user de la discrétion que lui accorde cette disposition seulement dans les cas les moins ambigus et seulement lorsque c'est l' « utilisation » du brevet qui est illégal et qu'aucune autre utilisation n'est précisée dans la demande[227].

En Australie, le matériel génétique et les technologies qui y sont associées sont actuellement traités comme des « inventions » pour lesquelles un brevet peut être accordé en vertu de la Loi, qui définit comme suit le terme « invention » :

> [TRADUCTION]
>
> Tout mode de fabrication faisant l'objet de lettres patentes et d'un privilège octroyé en vertu de l'article 6 du *Statute of Monopolies*, y compris une invention alléguée.

---

219 *Ibid.*, p. 70.
220 *Ibid.*
221 *Ibid.*, p. 73-74.
222 *Ibid.*, p. 71.
223 ALRC, *Final Report* (Genes and Ingenuity : Gene Patenting and Human Health) (Sydney: The SOS Printing Group Pty Ltd., 2004) p. 94-96.
224 *Ibid.*, p.177.
225 *Ibid.*
226 *Ibid.*, p.176.
227 *Ibid.*, p.177-8.

Le 13 juillet 2004, le sous-commissaire des brevets australien a rendu une décision relative à une demande de brevet sur un milieu de culture et sur une méthode pour faire croître des embryons pré-blastocystes[228]. Il a rejeté la demande relative aux embryons n'ayant pas atteint le stade du blastocyste en s'appuyant sur le paragraphe 18(2) de la *Patents Act 1990* qui stipule que les êtres humains et les procédés biologiques pour les créer ne sont pas des inventions brevetables[229].

Le demandeur a fait valoir qu'un être humain était créé au moment de la fécondation et que la méthode revendiquée, puisqu'elle était postérieure à la fécondation, n'était pas visée par le paragraphe 18(2) de la Loi[230]. Le sous-commissaire des brevets a considéré que la méthode revendiquée par le demandeur était une des étapes menant à la création d'un être humain. Le terme « procédé » (*process*) au paragraphe 18(2) s'applique à tous les procédés biologiques, de la fécondation à la naissance, qui sont liés à la création d'un être humain. Ces procédés comprennent : la fécondation d'un ovule, le clonage au stade des quatre cellules par division et le clonage par le remplacement de l'ADN nucléaire (clonage reproductif)[231].

Jurisprudence

Les tribunaux australiens ont soutenu que pour déterminer le sens du mot « invention », il fallait adopter une position de principe. Dans l'affaire *National Research Development Corporation v. Commissioner of Patents*[232], le commissaire devait décider si un procédé utilisé pour tuer des mauvaises herbes pouvait être considéré comme une « invention » au sens de la *Patents Act 1990*. La Haute Cour a fait remarquer que pour déterminer si un procédé ou un produit était brevetable, il serait erroné de croire que la « fabrication » se limitait à la notion de produire uniquement des biens matériels, à la main ou grâce à une machine. La Cour a plutôt noté que le mot « fabrication » (*manufacture*) ne devait pas être appliqué littéralement à la question de la brevetabilité, mais qu'il s'agissait simplement d'un « titre général » du *Statute of Monopolies*, s'appliquant à toute la catégorie devant englober les brevets accordés conformément aux principes de droit en matière de brevets[233].

La Cour a conclu que la bonne question à poser était de savoir s'il s'agissait d'un objet approprié pour des lettres patentes conformément aux principes élaborés pour l'application de l'article 6 du *Statute of Monopolies*. Selon la Cour, c'était là une toute autre question. Un examen de ces principes a démontré que le sens du mot « fabrication » et ce qu'il englobe a évolué avec le temps. La Cour a dit qu'il ne fallait pas donner au terme un sens trop limité :

> [TRADUCTION]
>
> Il n'a jamais été approprié de tenter d'imposer à l'idée [de fabrication] le carcan d'une formule verbale exacte. Ce serait pure folie de tenter de le faire maintenant, alors que la science a fait tellement de progrès que les applications concrètes de la notion, qui étaient familières en 1623, ne fournissent que les illustrations les plus évidentes, pour ne pas dire les plus primitives, de la portée étendue du concept[234].

La Cour a conclu que pour être un « mode de fabrication », une « invention » devait appartenir aux arts appliqués plutôt qu'aux beaux-arts, qu'elle devait procurer un avantage matériel et que sa valeur pour le pays devait se situer dans le domaine économique[235]. Dans l'affaire dont elle était saisie, la Haute Cour a conclu qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « procédé dont l'effet était obtenu par une réaction chimique » et dont le résultat était une terre agricole dénuée ou relativement dénuée de mauvaises herbes, et qu'il était donc approprié de le qualifier de procédé[236]. Elle a accueilli l'appel et statué que le procédé était brevetable conformément à la *Patents Act 1990* de l'Australie[237].

---

[228] Décision d'un sous-commissaire des brevets concernant la demande de brevet n° 44916/99 présentée par Luminis Pty et Fertilitescentrum AB, et directive provisoire en vertu de l'art. 107 à l'effet de rayer certaines prétentions, rendues le 13 juillet 2004.

[229] *Ibid.*, p. 1.

[230] *Ibid.*, p. 1-2.

[231] *Ibid.*, p. 9-10.

[232] *National Research Development Corporation v. Commissioner of Patents* (1961) R.P.C. 135.

[233] *Ibid.*, p. 142.

[234] *Ibid.*

[235] *Ibid.*, p.146.

[236] *Ibid.*, p.147.

[237] *Ibid.*

La question de la distinction à faire entre une invention et une découverte a été soulevée dans le cas de demandes de brevets visant des séquences génétiques. Selon le *Manual* de IP Australia, il n'est pas possible de faire cette distinction. La question a été soulevée pour la première fois dans le cas de demandes de brevets portant sur des micro-organismes. Dans l'affaire *Ranks Hovis McDougall's Application*[238], le commissaire des brevets devait décider si un micro-organisme génétiquement modifié était une découverte ou une invention. En statuant qu'il s'agissait d'une invention, il a fait remarquer :

> [TRADUCTION]
>
> En objectant qu'un nouveau micro-organisme, étant quelque chose de vivant, n'est pas un mode de fabrication, on donne, à mon avis, un sens trop restrictif au mot fabrication employé à l'article 6 du *Statute of Monopolies*[239].

Depuis la décision rendue dans cette affaire, le PO de l'Australie a délivré des brevets sur des micro-organismes nouvellement créés[240].

Les tribunaux australiens n'ont pas eu beaucoup d'occasions de se demander si le matériel génétique et les technologies qui s'y rapportent peuvent être qualifiés de « modes de fabrication ». Le *Manual* d'IP Australia précise que les composants de base d'une matière vivante, comme l'ADN humain, qui ont été isolés et copiés de leur source naturelle et reproduits de manière synthétique comme éléments uniques pour un usage industriel spécifique, ne doivent pas être considérés comme des découvertes aux fins de la Loi[241]. Le *Manual* fournit aussi des indications permettant de faire la distinction entre une découverte et une invention dans le cas des brevets portant sur des gènes :

> [TRADUCTION]
>
> La découverte d'un micro-organisme, d'une protéine, d'un énantiomère ou d'un antibiotique à l'état naturel peut faire l'objet d'une demande dans leur forme isolée ou essentiellement débarrassée d'impuretés (possiblement sans autre précision). Un gène peut aussi faire l'objet d'une revendication s'il s'agit du gène *lui-même* (du moment que la revendication n'englobe pas le chromosome natif dont le gène fait partie) ou s'il s'agit du gène recombiné, isolé ou purifié[242].

Rapports présentés au gouvernement

En 2002, préoccupé par les rapides progrès réalisés dans la recherche sur le génome humain et les techniques génétiques qui y sont associées, le gouvernement australien a soumis un certain nombre de questions à l'*Australian Law Reform Commission* (ALRC) pour qu'elle mène une enquête et produise un rapport. Il était notamment demandé à l'ALRC d'examiner [TRADUCTION] « l'impact de la législation et des pratiques actuelles – y compris en matière de licences – touchant les gènes et les techniques génétiques connexes sur la recherche et ses applications commerciales subséquentes »[243].

Le rapport de l'ALRC, intitulé *Genes and Ingenuity: Gene Patenting and Human Health* (le rapport final), a été présenté au Parlement le 31 août 2004. En vue de rédiger le rapport, l'ALRC a procédé à une vaste consultation publique en publiant un document de consultation invitant le public à formuler ses commentaires.

Le rapport final est très complet, et porte à la fois sur un aperçu historique des brevets, la brevetabilité du matériel et des technologies génétiques, de même que sur l'application des brevets et les procédures d'opposition. L'ALRC a reçu le mandat de proposer les changements et les correctifs qu'il y aurait lieu d'apporter au système de brevets australien [TRADUCTION] « ... dans le but d'encourager la création et l'utilisation de la propriété intellectuelle pour faire progresser la recherche dans le domaine de la génétique et des techniques connexes et d'en maximiser les retombées économiques[244].

---

[238] *Ranks Hovis McDougall's Application* [1976] 46 AOJP 3915 [ci-après *Ranks Hovis*].
[239] *Ibid.*, p.3918.
[240] Voir *Abitibi*, note 200, p. 5.
[241] ALRC, note 223, p. 129.
[242] *Ibid.*, p.129.
[243] *Ibid.*, p.9-10.
[244] *Ibid.*, p.28-29.

Au chapitre 22 du rapport final, l'ALRC souligne que les brevets sur les gènes pourraient, selon certaines indications, avoir un effet préjudiciable sur les soins de santé à l'avenir. La concession de droits de brevet exclusifs sur des tests génétiques à des fins médicales risque d'avoir un effet nuisible sur les coûts, l'accès, la qualité des tests ainsi que sur l'élaboration de tests nouveaux ou améliorés[245].

Selon le rapport final, l'une des préoccupations majeures soulevées par les brevets sur le matériel génétique ou sur les techniques génétiques utilisées comme outils de recherche a trait aux effets que ces brevets pourraient avoir sur la recherche[246].C'est particulièrement le cas des brevets sur des outils de recherche comme les EST et les SNP et autre matériel génétique isolé. Certains outils de recherche peuvent être considérés comme « fondamentaux » ou « en amont ». Le paragraphe suivant tiré du rapport final illustre bien l'inquiétude entourant les brevets sur des outils de recherche fondamentaux :

> [TRADUCTION]
>
> Ces brevets touchent un domaine qui est à la fine pointe de la recherche. Leurs titulaires ont le pouvoir de limiter ou d'intensifier les travaux de recherche. En accordant des licences de manière sélective, ils peuvent ralentir ou même empêcher la découverte de nouveaux mécanismes bénéfiques[247].

Dans le rapport final, il est recommandé que le PO apporte des changements dans sa façon d'aborder les outils de recherche comme les EST. Et si ces problèmes ne peuvent être réglés par les moyens qui existent actuellement, il faudrait envisager d'autres réformes en vue de régler les problèmes que posent les brevets de ce type. Le rapport final souligne qu'une façon de régler les problèmes serait de recourir aux dispositions de la *Patents Act 1990* relatives aux licences obligatoires et à l'acquisition et l'usage par la Couronne[248].

Selon la proposition 13-1 du rapport final, l'Australian Research Council et le National Health and Medical Research Council devraient élaborer des lignes directrices afin de maintenir un équilibre entre l'exploitation commerciale des inventions et la diffusion à grande échelle des outils de recherche les plus importants de manière à protéger l'intérêt public[249].

6.4.3 Le Canada

La *Loi sur les brevets*

Selon le paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a l'autorité législative exclusive à l'égard des « brevets d'invention et de découverte ». En 1870, le gouvernement fédéral a adopté la première *Loi sur les brevets*, autorisant la création du Bureau des brevets, qui relève d'Industrie Canada. Le Bureau des brevets fait partie de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), qui est responsable des brevets et des autres formes de propriété intellectuelle, y compris les marques de commerce et le droit d'auteur[250].

Le commissaire des brevets peut délivrer des brevets pour de nouvelles inventions (procédé, machine, fabrication, composition de matières), ou pour toute amélioration nouvelle et utile d'une invention existante. Pour être brevetable, l'invention doit être nouvelle (c'est-à-dire la première au monde), utile (c'est-à-dire fonctionnelle et exploitable), et elle ne doit pas aller de soi pour une personne versée dans la technique en cause[251]. On ne peut faire breveter un principe scientifique, une méthode de faire des affaires, un programme d'ordinateur comme tel ou un traitement médical[252]. Le commissaire n'accordera pas de brevet sur des formes de vie « supérieures » comme une graine, une plante complète ou un animal. Depuis 1982, toutefois, il accorde des brevets sur des formes de vie « inférieures » comme des micro-organismes, des champignons et des cellules isolées.

---

245 *Ibid.*, p.605.
246 *Ibid.*, p.355.
247 L'interférence à l'ARNdouble brin est une technique visant à diminuer l'expression d'un gène ciblé dans une cellule : E. Milward et al., *Submission P46*, 20 octobre 2003; ALRC p. 357.
248 ALRC, note 223, p. 372.
249 *Ibid.*, p.375.
250 Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Le Guide des brevets* (Hull, Québec: Office de la propriété intellectuelle du Canada , 2000) p. 3.
251 *Ibid.*, p.3.
252 *Ibid.*

Contrairement à la CBE, la *Directive* européenne ou la *Patents Act* du Royaume-Uni, la *Loi sur les brevets* canadienne ne contient pas d'exception relative à l'ordre public et à la moralité. Dans les versions antérieures de la loi canadienne, il y avait une disposition qui interdisait le brevetage d'inventions illicites. Cette disposition a été retirée dans le cadre d'un ensemble de modifications législatives destinées à rendre la loi conforme aux dispositions de l'ALENA[253]. Ainsi, le droit canadien des brevets ne permet pas au commissaire des brevets d'user de sa discrétion pour rejeter une demande au nom de la moralité[254]. La Loi exige par contre que le demandeur de brevet soit fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, et l'article 40 précise que chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur ne l'est pas, il rejette la demande.

Jurisprudence

En 1982, le Bureau des brevets canadien était saisi d'une demande semblable à celle dont a été saisie la Cour suprême des États-Unis en 1980 dans l'affaire *Chakrabarty*, précitée. Dans l'affaire *Abitibi*[255], le commissaire des brevets était invité à délivrer un brevet sur une forme de vie génétiquement modifiée, à savoir une culture mixte de mycètes et de levures.

Dans cette affaire, la Commission d'appel des brevets a fait remarquer que l'examinateur des brevets avait délivré un brevet à Abitibi pour le procédé — destiné à permettre la biodégradation des résidus liquides de sulfite provenant de la fabrication de la pâte de bois, mais l'avait refusé pour le produit — un système de culture microbienne adaptée aux résidus liquides de sulfite renfermant cinq éléments principaux de nature fongique. La demande de brevet sur le produit a été refusée parce que les matières vivantes ou viables ne sont pas brevetables, n'étant pas une « fabrication » ou une « composition de matières » au sens de l'article 2 de la Loi[256].

La Commission d'appel a examiné la jurisprudence pertinente dans d'autres pays concernant le brevetage du vivant. La position traditionnelle du Bureau des brevets était que le vivant n'était pas brevetable. Mais la décision rendue dans l'affaire *Chakrabarty*, précitée, semblait remettre cette position en question, puisque la Cour suprême des États-Unis avait conclu que les mots « fabrication » et « composition de matières » pouvaient s'appliquer aux micro-organismes et aux produits [TRADUCTION] « de l'activité humaine ayant un nom, un caractère et un usage spécifique »[257].

La Commission d'appel a noté que les innovations technologiques avaient forcé les bureaux des brevets partout dans le monde à modifier leur interprétation de ce qui pouvait être légalement brevetable afin de s'adapter aux nouvelles réalités de l'industrie. Elle a recommandé que l'examinateur des brevets renonce à ses objections concernant la brevetabilité des champignons. Elle a reconnu que cette décision serait lourde de conséquences, rendant brevetables :

> [...] tous les micro-organismes, champignons, virus ou protozoaires, toutes les levures, moisissures, bactéries, actinomycètes, algues unicellulaires, lignées cellulaires et, en fait, [...] toutes les nouvelles formes de vie qui seront produites en grande quantité, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes[258].

La Commission a fait remarquer qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre les formes de vie pour décider de la brevetabilité. Elle a cependant indiqué que la brevetabilité des formes de vie supérieures comme les animaux ou les plantes était discutable. De toute façon, elle doutait que l'inventeur d'une forme de vie supérieure puisse reproduire cette dernière de façon uniforme et à volonté, car les formes de vie plus complexes tendent à varier davantage d'un individu à l'autre. Mais si jamais il était possible d'en arriver à ce résultat, tout en respectant les autres exigences relatives à la brevetabilité, alors la Commission d'appel ne voyait aucune raison de traiter pareille réalisation différemment[259].

---

[253] L'ancien par. 27(3) de la *Loi sur les brevets* interdisait de breveter « une invention dont l'objet est illicite ».
[254] Voir note 146, p. 6.
[255] *Abitibi*, *supra*, note 200.
[256] *Ibid.*, p.2-3.
[257] *Ibid.*, p.5.
[258] *Ibid.*, p.6.
[259] *Ibid.*, p.6-7.

Dans l'affaire *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (commissaire des brevets)*,[260] la Cour suprême du Canada devait décider si une nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel était brevetable. L'examinateur du Bureau des brevets avait rejeté la demande de Pioneer Hi-Bred en vue d'obtenir un brevet sur la plante, la cosse et la graine, au motif qu'à ses yeux, la nouvelle plante ne correspondait pas à la définition du mot « invention » à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, et parce que la pratique du Bureau des brevets était de considérer comme matière non brevetable toute matière visant un procédé de production d'une nouvelle souche ou variété génétique de plantes ou d'animaux[261]. Pioneer Hi-Bred a interjeté appel devant la Commission d'appel des brevets qui a maintenu la décision de l'examinateur en faisant remarquer que la nouvelle variété de plante ne correspondait pas à une « fabrication »[262].

La Cour d'appel fédérale a rejeté les prétentions de Pioneer Hi-Bred et a statué que la nouvelle variété de plante ne pouvait constituer une « invention » au sens de l'article 2 de la Loi; de plus, Pioneer Hi-Bred n'avait pas rempli l'exigence de divulgation conformément à la Loi[263]. La Cour suprême s'est demandé si une nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel pouvait être une invention conformément à la *Loi sur les brevets*. Elle a affirmé que c'était la brevetabilité d'une forme de vie qui était l'enjeu réel du pourvoi.

Pioneer Hi-Bred a plaidé que le niveau d'intervention de l'homme requis pour créer cette nouvelle variété lui donnait le droit d'obtenir un brevet. La Cour a exprimé son désaccord, affirmant que l'intervention effectuée par Hi-Bred ne modifiait en rien le processus de reproduction du soya qui s'accomplit par l'application des lois de la nature, et que ce processus ne pouvait donc justifier la délivrance d'un brevet. De plus, la Cour suprême convenait avec la Cour d'appel que le dépôt d'échantillons de graines de semence auprès des organismes compétents ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation de la Loi. Enfin, la Cour a fait remarquer que la *Loi sur les brevets* ne contenait aucune disposition se rapportant directement aux inventions biotechnologiques et aux nouvelles formes de vie, et que la nouvelle variété de soya n'était donc pas brevetable à l'heure actuelle[264].

Dans l'affaire *Harvard College c. Canada (commissaire des brevets)*[265], la Cour suprême du Canada était invitée à déterminer si les mots « fabrication » et « composition de matières » figurant à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* avaient un sens assez étendu pour inclure les formes de vie supérieures. Le Harvard College avait demandé un brevet canadien pour un procédé qui permettait de produire une « oncosouris » ainsi que pour le produit final de ce procédé, la souris elle-même. L'examinateur des brevets a accueilli la demande relative au procédé, mais a rejeté celle relative au produit, au motif qu'il ne s'agissait pas d'une invention au sens de la Loi. Le Harvard College a interjeté appel de la décision de l'examinateur devant le commissaire des brevets, qui a maintenu la décision. La première instance de la Cour fédérale a rejeté l'appel du Harvard College, mais la Cour d'appel fédérale l'a accueilli. Le commissaire des brevets a formé un pourvoi devant la Cour suprême du Canada[266].

Les cinq juges formant la majorité ont considéré que la réponse à la question de la brevetabilité du matériel biologique, y compris le matériel humain, se trouvait dans la définition du mot « invention » figurant dans la Loi. En s'appuyant sur les principes d'interprétation législative, ils ont considéré que les mots « fabrication » et « composition de matières » ne pouvaient englober la vie animale ou végétale[267].

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a dit qu'il ne croyait pas qu'une forme de vie supérieure comme l'oncosouris puisse être aisément considérée comme une « fabrication » ou une « composition de matières »[268]. Ces mots, servant à définir le terme « invention », n'avaient pas une portée suffisante aux yeux de la majorité pour englober les formes de vie supérieures. Les

---

260 *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (commissaire des brevets)* [1989] 1 R.C.S. 1623 25 C.P.R. (3d) 257 (Cour suprême du Canada) (Lexis — CPR) [ci-après *Pioneer*].

261 *Ibid.*, p.3.

262 *Ibid.*

263 *Ibid.*, p.4.

264 *Ibid.*, p.9.

265 *Harvard College c. Canada (commissaire des brevets)* [2002] 4 R.C.S. 45. Internet : http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/cgi-bin/disp.pl/fr/pub/2002/vol4/html/2002rcs4 [ci-après *la souris de Harvard*].

266 *Ibid.*, p.2.

267 *Ibid.*, par. 120.

268 *Ibid.*, par. 155.

êtres humains et les animaux, selon elle, étaient plus que de simples compositions de matières. De plus, les juges majoritaires étaient d'avis qu'un brevet sur une forme de vie supérieure représenterait une augmentation considérable de la portée des droits offerts aux titulaires de brevet, parce que les formes de vie supérieures se reproduisent d'elles-mêmes, sans intervention humaine, et que le brevet s'appliquerait donc à leur progéniture. Cette augmentation ne correspondrait pas à celle des droits conférés par brevet dans d'autres domaines[269]. Ils ont conclu que le législateur n'avait pas eu l'intention de permettre la brevetabilité des formes de vie supérieures.

Les juges dissidents ont exprimé une autre conception du régime législatif concernant la brevetabilité. Pour eux, la loi doit être interprétée de manière libérale plutôt que restrictive. Le juge Binnie, au nom des juges dissidents, a fait remarquer que le législateur, en 1993, avait indiqué que les jugements de valeur n'avaient pas leur place dans les décisions touchant la brevetabilité, en refusant de modifier la *Loi sur les brevets* pour accorder au commissaire des brevets la discrétion de refuser de délivrer un brevet pour des motifs d'ordre public ou de bonnes mœurs. Si l'invention satisfait aux critères de brevetabilité, à avoir qu'elle est utile, non évidente et nouvelle, alors il doit délivrer le brevet. Le juge Binnie a fait remarquer que toutes ces distinctions ou « lignes de démarcation » entre les différentes formes de vie aux fins de déterminer si une « composition de matières » était une invention et donc brevetable étaient malavisées. Le degré de complexité n'est un critère de brevetabilité ni dans la Loi ni dans la jurisprudence. C'est le Bureau des brevets qui a « inventé » la distinction entre les « formes de vie inférieures » et les « formes de vie supérieures » afin de restreindre la portée du mot « invention » pour des raisons de politique générale[270].Cette interprétation de la loi confirme que les décisions en matière de brevetabilité fondées sur la moralité ou l'éthique n'ont pas leur place.

Les juges dissidents étaient d'avis que l'article 40 de la Loi était la seule disposition qui donnait au commissaire le pouvoir discrétionnaire de refuser une demande de brevet. Le juge Binnie note que l'expression « *by law* » figurant à l'article 40 du texte anglais de la Loi ne renvoie pas seulement à la *Loi sur les brevets*, mais inclut sans doute d'autres textes législatifs, ainsi que la *Charte* et même la common law. Il note qu'en common law, il est bien établi qu'une personne ne peut pas posséder une autre personne. La question de savoir si un être humain est une « composition de matières » ne se pose donc pas dans la *Loi sur les brevets*. Au cas où un appui supplémentaire serait nécessaire, il propose de se référer aux articles 7 et 15 de la *Charte*. À son avis, la question ne se poserait même pas dans le cadre de la *Loi sur les brevets* puisque ces autres textes lui apportent déjà une réponse.

Les juges dissidents ont affirmé :

> La réalisation scientifique exceptionnelle qu'est la modification de toutes les cellules d'un animal qui n'existe pas sous cette forme dans la nature, que l'être humain parvient à effectuer en modifiant le matériel génétique qui compose l'animal, est une « composition de matières » ayant une valeur inventive, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*[271].

Le juge Binnie note toutefois que le brevet n'autorise pas son titulaire à exploiter l'invention indépendamment de toute réglementation gouvernementale[272]. Les juges dissidents étaient d'avis que l'oncosouris était un objet brevetable[273].

Il est intéressant de souligner que les juges tant majoritaires que minoritaires dans l'affaire de la *souris de Harvard* ont noté dans une remarque incidente qu'un ovule de souris fécondé, modifié génétiquement, serait un objet brevetable[274]. Les juges majoritaires considéraient que ce serait une invention au sens de la *Loi sur les brevets*, alors que les juges minoritaires auraient sans doute conclu qu'il s'agissait d'un objet brevetable à moins d'être exclu en vertu de l'article 40.

Dans l'affaire *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*[275], il était question de la portée et de la contrefaçon du brevet. En

---

269 *Ibid.*, par. 170.
270 *Ibid.*, par. 47.
271 *Ibid.*, par. 8.
272 *Ibid.*, par. 4.
273 *Ibid.*, par. 115.
274 *Ibid.*, par. 3 et 162.
275 *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser* [2004] 1 R.C.S. 902. Internet : http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/cgi-bin/disp.pl/fr/pub/2004/vol1/html/2004rcs1_0902.html. [ci-après *Monsanto*]

1993, Monsanto avait obtenu un brevet divulguant des gènes et des cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des plantes, comme le canola, en augmentaient la tolérance aux herbicides à base de glyphosate. Les champs de canola dont les graines contenaient le gène breveté pouvaient être arrosés d'herbicides à base de glyphosate, lesquels éliminaient toutes les mauvaises herbes, sans que les plants de canola soient endommagés. L'agriculteur qui souhaitait cultiver le canola Roundup Ready devait conclure avec Monsanto un accord de licence. En vertu de cette licence, il pouvait utiliser les semences pour une seule récolte et vendre celle-ci aux fins de consommation, mais à un seul acheteur commercial autorisé par Monsanto. Il ne pouvait pas vendre ou donner les semences à un tiers, ni les conserver pour les mettre de nouveau en terre ou les stocker[276].

M. Schmeiser n'a jamais acheté de canola Roundup Ready. Sa ferme se trouvait dans une région de la Saskatchewan où cinq producteurs avaient planté du canola génétiquement modifié de Monsanto. En 1998, Monsanto a obtenu une ordonnance de la cour l'autorisant à effectuer des tests sur la récolte de M. Schmeiser. Ces tests ont révélé que la récolte de canola provenant des 1 000 acres qu'il avait cultivés était composée, dans une proportion de 95 à 98 %, de plantes Roundup Ready. M. Schmeiser a dit que des graines, provenant des fermes adjacentes, avaient tout simplement été disséminées par le vent sur ses terres. Elles avaient produit des plants qui avaient à leur tour produit des graines, qu'il avait récoltées et resemées l'année suivante.

Le juge de première instance a statué que le brevet de Monsanto était valide. En ce qui a trait à la contrefaçon de brevet, il a jugé que M. Schmeiser savait ou aurait dû savoir qu'il avait conservé et planté des graines contenant le gène et la cellule brevetés, et qu'il avait vendu la récolte produite par ces graines. Autrement dit, M. Schmeiser avait contrefait le brevet de Monsanto. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge de première instance en ce qui a trait à la contrefaçon du brevet, mais ne s'est pas prononcée sur sa validité[277].

Un pourvoi a été formé devant la Cour suprême du Canada. Les cinq juges majoritaires de la Cour ont donné une interprétation élargie du régime législatif établi par la *Loi sur les brevets* en ce qui a trait à la contrefaçon. Il est intéressant de noter que parmi les juges majoritaires dans *Monsanto*, on en retrouve certains qui faisaient partie de la minorité dans l'affaire de la *souris de Harvard*. Selon la majorité, les questions en litige étaient les suivantes :
(1) M. Schmeiser, en conservant et en semant les graines et en vendant la récolte de canola contenant le gène et la cellule brevetés, avait-il « exploité » l'invention de Monsanto en contravention de la *Loi sur les brevets*?
(2) M. Schmeiser avait-il exploité l'invention brevetée dans un but commercial?

L'arrêt rendu à la majorité a été rédigé par la juge en chef McLachlin et le juge Fish, qui ont indiqué que pour trancher l'affaire, il s'agissait simplement d'appliquer les principes établis du droit des brevets aux faits[278]. Dès le départ, ils ont fait remarquer qu'ils ne s'intéressaient pas à la portée du brevet accordé à Monsanto ni à l'intérêt et à l'utilité de la modification génétique de gènes et de cellules, ces questions relevant du législateur. Même si les juges majoritaires ont expressément dit que leur décision ne portait pas sur la validité du brevet de Monsanto[279], on pourrait dire que leur façon d'appliquer au matériel biologique les principes en matière de brevet établis dans le contexte de produits manufacturés a eu pour effet d'étendre la portée d'un brevet en ce qui a trait à la contrefaçon. Ils ont en effet appliqué le principe suivant :

> […] il y a contrefaçon lorsque les activités commerciales d'un défendeur mettent en cause une chose dont une composante importante est un élément breveté. On ne saurait faire valoir, comme moyen de défense, que seule une composante de la chose que l'on a exploitée était brevetée, et non la chose au complet[280].

En appliquant cette règle aux faits en cause, les juges majoritaires ont conclu qu'en recueillant, conservant, semant les graines (contenant le gène modifié), et qu'en récoltant les plants (contenant le gène modifié) pour en tirer un profit, M. Schmeiser avait « exploité » et donc

---

[276] *Ibid.*, par. 11.
[277] *Ibid.*, p. 2.
[278] *Ibid.*, par. 2 et 3.
[279] *Ibid.*, par. 2.
[280] *Ibid.*, par. 78.

contrefait le brevet de Monsanto[281]. Ce brevet portait sur des procédés, notamment la méthode de régénération, ainsi que sur les gènes chimères et les cellules modifiées, mais Monsanto n'avait pas demandé de brevet portant sur toute la plante. Les juges majoritaires ont fait remarquer qu'« un défendeur contrefait un brevet s'il fabrique, cherche à exploiter ou exploite un élément breveté contenu dans une chose non brevetée, à condition que l'élément breveté soit important[282].

Dans ce cas-ci, les juges majoritaires ont conclu que le brevet portait sur les cellules et les gènes qui étaient présents dans toute la plante. Il pouvait donc y avoir contrefaçon par exploitation même dans le cas où l'invention brevetée faisait partie ou était une composante d'une structure ou d'un procédé non brevetés plus vastes. Cette interprétation libérale était fondée sur le principe, établi dans le contexte des produits manufacturés, voulant que l'inventeur ne soit pas privé, ne serait-ce qu'en partie ou indirectement, du droit à la pleine jouissance du monopole que la loi entend lui conférer. On pourrait affirmer qu'en appliquant ce principe ou cette règle au matériel biologique, les juges majoritaires ont étendu la protection par brevet contre des usages non autorisés à des formes de vie supérieures, soit des plantes, lorsque celles-ci sont en grande partie constituées d'une invention brevetée, soit des cellules brevetées[283].

Schmeiser avait plaidé que les revendications du brevet de Monsanto devaient recevoir une interprétation restrictive, fondée sur la décision majoritaire rendue dans l'affaire de la *souris de Harvard*, puisque les plantes se reproduisent d'elles-mêmes, suivant les lois de la nature. Ainsi, il ne s'est pas livré à une « exploitation » en reproduisant la plante sans licence, étant donné que les plantes sont des êtres vivants qui croissent et se reproduisent sans intervention humaine. Les juges majoritaires ont rejeté cet argument, notant que même si des dispositions avaient été adoptées à l'étranger pour faire la distinction entre une séquence d'ADN naturelle contenue dans une cellule humaine, qui n'était pas brevetable, et une séquence d'ADN isolée, qui l'était, au Canada, le législateur n'avait adopté aucun régime de réglementation comparable qui commande une interprétation restrictive des brevets[284].

Les juges majoritaires ont déclaré que l'interprétation restrictive retenue par les tribunaux au Royaume-Uni voulant que la séquence d'ADN naturelle contenue dans une cellule humaine ne soit pas brevetable était fondée sur un régime de réglementation qui n'avait aucun équivalent au Canada[285].

L'opinion en partie dissidente de la juge Arbour nous donne une dernière interprétation du régime législatif prescrit par la Loi concernant la contrefaçon. Celle-ci considérait que la véritable question était de savoir si un produit breveté (le gène ou la cellule) incorporé dans un objet non brevetable avait pour effet d'étendre à l'objet non brevetable la protection conférée par le brevet[286]. Il est intéressant de noter que trois des quatre juges dissidents dans cette affaire faisaient partie de la majorité dans l'affaire de la *souris de Harvard*, précitée. Il n'est donc pas étonnant de constater que les juges dissidents préconisaient une interprétation restrictive de la portée du brevet pour fins de contrefaçon. Ils restreignaient la portée du brevet de Monsanto à son application en laboratoire.

Selon la juge Arbour, le brevet visant les gènes chimères et les cellules ne conférait pas la protection par brevet à la plante non brevetable qui les contenait[287]. Les juges dissidents étaient d'avis que le brevet ne serait pas valide si la revendication visait un objet non brevetable, ici la plante entière[288]. Si les revendications de Monsanto étaient valides, c'est qu'elles ne visaient pas la plante au complet,

---

281 On pourrait dire qu'en appliquant les principes en matière de brevet établis dans le contexte des produits manufacturés, l'arrêt *Monsanto* a étendu la protection conférée par un brevet contre l'utilisation non autorisée à une forme de vie plus complexe, soit une plante non brevetée mais composée en bonne part de cellules génétiquement modifiées brevetées.

282 *Monsanto, supra*, note 275, par. 42.

283 Trois des cinq juges majoritaires dans *Monsanto* étaient dissidents dans l'affaire de *la souris de Harvard*. Dans cette cause, les juges dissidents désapprouvaient la distinction faite par le Bureau des brevets entre des formes de vie inférieures et supérieures aux fins de la brevetabilité. Ils proposaient plutôt de se conformer aux critères de brevetabilité établis dans la *Loi sur les brevets*. On pourrait affirmer qu'en étendant la protection par brevet à une plante tout entière, les juges majoritaires dans *Monsanto* viennent marquer la fin de la distinction faite par le Bureau des brevets entre les formes de vie supérieures et inférieures.

284 *Monsanto, supra*, note 275, par. 89.

285 *Ibid.*, par. 89.

286 *Ibid.*, par. 156.

287 *Ibid.*, par. 138 et 139.

288 *Ibid.*, par. 138.

c'est-à-dire une forme de vie supérieure non brevetable[289], la difficulté étant que les plantes peuvent se reproduire sans intervention humaine.

Les juges dissidents considéraient que la revendication concernant la cellule végétale cessait de s'appliquer au moment où la cellule végétale isolée qui contenait le gène chimère était placée dans le milieu nutritif pour qu'elle se régénère en laboratoire[290]. La juge Arbour a reconnu la difficulté d'appliquer la *Loi sur les brevets* aux matières capables de se reproduire et a considéré qu'il y avait lieu d'aborder la question autrement[291]. Les juges dissidents ont restreintla portée du brevet, aux fins de la contrefaçon, en statuant qu'il n'était valide que pour les gènes chimères et les cellules génétiquement modifiées en laboratoire, avant la regénération[292].

Ils ont conclu que M. Schmeiser n'avait pas contrefait le brevet de Monsanto par le fait de conserver, de mettre en terre ou de vendre des semences provenant de la plante, puisque le brevet ne portait pas sur la plante elle-même[293]. Malgré tout, la juge Arbour a noté que le titulaire de brevet pouvait toujours assujettir l'exploitation des semences à certaines conditions et en interdire la conservation en accordant des licences comme le lui permet la Loi[294].

Rapports présentés au gouvernement

Le Comité Permanent de la santé

En 2001, le Comité permanent de la santé de la Chambre des communes, étudiant l'avant-projet de loi régissant l'assistance à la reproduction, a recommandé dans son rapport présenté au Parlement qu'« on modifie la *Loi sur les brevets* de manière à interdire d'accorder des brevets sur les humains et sur le matériel humain »[295]. Cette recommandation n'a pas été retenue par le Parlement.

Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie

Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB) est un organisme indépendant chargé de conseiller le gouvernement fédéral. Il est formé de scientifiques, d'universitaires, de médecins, d'éthiciens et d'intervenants. Le CCCB a pour mandat de fournir au gouvernement des avis sur les questions de politique touchant les dimensions éthiques, juridiques, sociales, réglementaires, économiques, scientifiques, environnementales et sanitaires de la biotechnologie.

En 2002, le CCCB a produit un rapport intitulé « *Brevetage des formes de vie supérieures et enjeux connexes* » (le *Rapport*)[296]. Le principal enjeu examiné dans le *Rapport* était le brevetage des plantes, des graines et des animaux, ainsi que du matériel biologique en général[297]. On y trouve treize recommandations. Avant de formuler ses recommandations, le CCCB a consulté les différents intervenants (membres d'organisations non gouvernementales, scientifiques et représentants de l'industrie) et a consulté la population en organisant trois tables rondes dans différentes régions du pays au printemps 2001 et en sollicitant des commentaires écrits[298].

Le *Rapport* souligne qu'il existe des limites légales imposées aux titulaires de brevet, quant à la liberté d'exploiter leurs propres inventions, surtout quand celles-ci risquent de mettre en danger la santé humaine ou animale ou l'environnement. Certaines de ces limites sont exposées dans les textes du droit de la concurrence et du droit pénal, dans le projet de loi sur la procréation assistée et dans les règlements qui régissent la sécurité des produits[299]. Le Bureau des brevets considère que les « formes de vie supérieures », soit les « organismes multicellulaires différenciés » (plantes, graines et animaux) ne sont pas brevetables[300]. C'est cette position qui était essentiellement à l'origine du litige dans l'affaire de la *souris de Harvard*, précitée.

Le *Rapport* indique que les questions relatives à la brevetabilité des formes de vie supérieures, comme le corps humain, devraient être tranchées par le Parlement. Selon le CCCB, un brevet sur le corps humain témoignerait d'un manque de respect pour l'objet du brevet : cela ferait

---

289 *Ibid.*
290 *Ibid.*, par. 130.
291 *Ibid.*, par. 154.
292 *Ibid.*, par. 138 et 139.
293 *Ibid.*, par. 162.
294 *Ibid.*, par. 163.
295 Comité permanent de la santé de la Chambre des communes, *Assistance à la reproduction : Bâtir la famille* (2001), recommandation 34.
296 CCCB.
297 *Ibid.*, p.2.
298 *Ibid.*, p. 6.
299 *Ibid.*, p.7.
300 *Ibid.*, p.10.

intervenir le principe universel du respect de la dignité humaine. Le *Rapport* souligne que l'un des piliers du concept de la dignité humaine veut que l'homme ne soit pas un bien ou une marchandise. Même si le fait de délivrer un brevet sur un être humain ne violait pas les droits humains fondamentaux, le fait de tenter d'exercer « le droit exclusif conféré par brevet de faire, d'utiliser ou de vendre un être humain inventé irait certainement à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés et de la Loi canadienne sur les droits de la personne* »[301].

En ce qui a trait au droit de l'inventeur à la protection que lui confère le brevet, le *Rapport* souligne que cette position fait fi du fondement du droit des brevets. Dans le meilleur des cas ces droits sont considérés comme des outils privilégiant le bien commun. Le CCCB cite à cet effet le juge Jackson de la Cour suprême des États-Unis qui a déclaré en 1945 :

> L'objectif premier de notre régime des brevets n'est pas de récompenser l'individu, mais de faire progresser les arts et les sciences. L'incitatif vise le dévoilement de nouvelles connaissances au profit de la société dans son ensemble; ce n'est pas un certificat de mérite, mais un encouragement au dévoilement[302].

Si le Canada devait décider d'accorder des brevets sur des formes de vie supérieures, le *Rapport* recommande que la *Loi sur les brevets* canadienne soit modifiée afin d'interdire le brevetage des corps humains à quelque étape que ce soit de leur développement. Cette exclusion ne s'appliquerait toutefois qu'aux revendications portant sur le corps tout entier. Le *Rapport* prend soin de souligner que cette restriction n'empêcherait pas la délivrance de brevets sur les spermatozoïdes, les ovules, les organes, les gènes humains, les lignées germinales ou les cellules, car on tient généralement pour acquis que le détenteur d'un tel brevet ne pourrait fort probablement pas exercer de contrôle sur un corps humain renfermant cette séquence ou ces cellules. Néanmoins, le *Rapport* souligne que la loi est toujours demeurée muette à ce sujet[303].

Le *Rapport* recommande que soient reconnues comme brevetables les formes de vie supérieures (les plantes, les graines et les animaux non humains) qui satisfont aux critères de brevetabilité (l'invention doit être nouvelle, utile et non évidente)[304]. Il faut cependant considérer cette recommandation dans le contexte des autres recommandations formulées dans le *Rapport*, qui placent des limites aux brevets portant sur des inventions biologiques, notamment des mesures pour protéger le privilège des agriculteurs, les tiers innocents et des exceptions relatives à leur utilisation à des fins de recherche et d'expérimentation. Le CCCB justifie ces limites en soulignant les attributs uniques des inventions biologiques, qui peuvent se reproduire et contenir des données personnelles. Si l'on appliquait sans restriction les droits conférés par brevet à des formes de vie supérieures, le titulaire du brevet aurait des droits qui pourraient prévenir d'autres activités utiles, comme la recherche[305].

Le *Rapport* aborde les questions sociales et éthiques qui sont soulevées lorsque des chercheurs et des cliniciens obtiennent du matériel biologique auprès d'individus. Il recommande que les gouvernements fédéral et provinciaux adoptent des politiques et des pratiques qui favorisent le partage des bienfaits découlant de la recherche sur du matériel génétique. On peut y lire ce qui suit :

> Nous recommandons que [...] les bienfaits découlant de la recherche médicale et pharmaceutique basée sur du matériel génétique humain (et l'exploitation commerciale de cette recherche) soient partagés avec les groupes ou les collectivités qui ont fourni ce matériel génétique. Toutes les entités (organismes publics et privés et entreprises commerciales) qui prennent part au financement de la recherche ou à l'instauration de lignes directrices ou de codes visant la conduite éthique de la recherche devraient s'assurer que le partage des bienfaits soit prévu[306].

De plus, le *Rapport* recommande que le Bureau des brevets émettent des lignes directrices sur la brevetabilité du matériel biologique[307]. Le gouvernement a mis en œuvre

---

[301] *Ibid.*, p.13.
[302] *Sinclair & Carroll Co. Inc. c. Interchemical Corporation*, 325 US 327 (1945) p. 330-331, in Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetage des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport* adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du gouvernement du Canada, (Juin 2002) p. 12. Internet : http://cbac-cccb.ca/epic/internet/incbac-cccb.nsf/fr/ah00188f.html.
[303] *CCCB, supra.* note 296, p. 12.
[304] *Ibid.*, p.16.
[305] *Ibid.*, p.16.
[306] *Ibid.*, p.23.
[307] *Ibid.*, p.26.

un certain nombre des recommandations du CCCB, mais jusqu'ici, aucune des principales recommandations dont nous avons fait état plus haut n'a été adoptée[308].

En 2004, le CCCB a remis un mémoire consultatif au gouvernement fédéral intitulé : « Rationalisation du droit des brevets à l'ère de la biotechnologie »[309]. L'un des objectifs du mémoire était d'avertir le gouvernement du Canada des questions d'importance immédiate et de fournir des recommandations pour aider les décideurs à élaborer une ligne de conduite efficace. Le CCCB faisait la recommandation suivante :

> Le gouvernement fédéral doit réviser rapidement la *Loi sur les brevets* à la lumière des effets combinés des jugements de la Cour suprême du Canada sur la brevetabilité de la « souris de Harvard » et sur la portée des droits d'un titulaire de brevet à l'égard d'une cellule modifiée dans le jugement récent *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser.*

Le mémoire du CCCB reprend les mêmes douze recommandations que l'on trouve dans son rapport de 2002.

Les provinces

En 2002, la province de l'Ontario a produit un rapport intitulé *Génétique, dépistage et brevetage : Nouvelles frontières dans le domaine de la santé*[310]. Le rapport de l'Ontario a été endossé par les premiers ministres de toutes les provinces et territoires lors de leur rencontre de janvier 2002. Il fait référence à la recommandation formulée par le Comité permanent de la santé de modifier la *Loi sur les brevets* mais ne se rallie pas à cette position[311]. Il propose plutôt une réforme complète de la Loi et met de l'avant un certain nombre de propositions à ce sujet, telles que l'instauration d'une période d'opposition à un brevet, une protection accrue des fournisseurs de soins de santé contre les poursuites pour contrefaçon de brevet et des restrictions quant à la délivrance de brevets de portée générale[312]. Il souligne que le matériel génétique est unique et peut avoir de multiples usages pour la recherche. Le rapport soutient que breveter des « idées » ou des applications très générales serait très problématique et risquerait d'entraîner des entraves directes ou indirectes à la recherche et au développement. Le rapport évoque la nécessité de restreindre l'objet possible d'une demande de brevet sur du matériel génétique, et notamment de cerner les applications ultérieures admises, en plus de régler la question des brevets touchant les cellules germinales et les sous-types de gènes[313].

Il recommande aussi l'inclusion dans la *Loi sur les brevets* canadienne d'une disposition traitant de l'ordre public et de la moralité, afin de limiter les possibilités d'obtention des brevets sur des procédés ou procédures jugées contraires aux valeurs morales canadiennes. Il recommande en outre d'inclure dans la Loi sur les brevets une disposition rendant non brevetable l'utilisation du matériel génétique à des fins de diagnostic[314].

Le rapport propose de remplacer l'actuelle exclusion des « méthodes de traitement médical », créée par la common law, par une disposition stipulant que le titulaire d'un brevet ne peut pas intenter de poursuites pour contrefaçon contre un médecin qui a fourni des services médicaux, y compris de traitement et de diagnostic, à des patients[315]. Il souligne que cette approche, semblable à celle qui a été adoptée par une récente modification à la *Patent Act* des États-Unis, offrirait une protection aux médecins tout en permettant le brevetage complet des techniques de dépistage génétique[316].

6.4.4 Doctrine et commentaires

On a très peu écrit sur le sujet des droits de la personne et du brevetage du matériel humain; les rares documents qui traitent de cette question proviennent des États-Unis.

Dans un article intitulé « *Biomedical Patenting: Permitted, But Permissible?* »[317], Cyril R. Vidergar se penche sur les questions soulevées par le brevetage du matériel humain. Vidergar s'inquiète de ce que l'absence, dans la *Patent Act*

---

308 Le rapport annuel de l'OPIC contient de l'information relative aux normes de service et rapport de rendement (recommandation 11 de le CCCB) alors que des mises à jour sont régulièrement apportées au *Recueil des pratiques* du Bureau des brevets, conformément à la recommandation 10 de le CCCB.

309 Canadian Biotechnology Advisory Committee, "Rationalizing Patent Law in the Age of Biotechnology" (Ottawa : CCCB, 2004). Internet : http://www.cbac-cccb.ca.

310 *Nouvelles frontières*, note 26.

311 *Ibid.*, p. iii et 31.

312 *Ibid.*, p. iii.

313 *Ibid.*, p. xi.

314 *Ibid.*, p. xii.

315 *Ibid.*, p. 51.

316 *Ibid.*, p. 51.

317 Vidergar, note 184.

américaine, de dispositions qui exemptent du brevetage le matériel humain ou ses dérivés, incite le Congrès à légiférer dans le but de mieux prévenir toute éventuelle menace à la dignité et à l'autonomie de la personne[318]. À son avis, le biopiratage (le prélèvement de matériel génétique effectué à l'insu de la personne) a des répercussions sur les droits garantis par les 13e et 14e amendements, puisqu'il aboutit à une réification non consensuelle. Il conclut que les personnes qui vivent à l'extérieur des États-Unis sont, elles aussi, protégées contre la réification biologique en vertu du droit international et de traités relatifs aux droits de la personne, tels que la *Convention sur la diversité biologique* de l'ONU, dont les États-Unis sont signataires[319]. Vidergar observe cependant qu'en dépit des traités et instruments internationaux, le régime de brevets américain protège les prétentions à un droit de propriété sur du matériel humain obtenu sans consentement à l'extérieur du territoire américain. Il se préoccupe du fait qu'il n'existe aucune instance qui permette d'obtenir réparation pour ce qu'il nomme [TRADUCTION] « ces possibles violations de l'autonomie de la personne »[320].

Il s'inquiète également des répercussions possibles des brevets biomédicaux sur les soins de santé. Par exemple, l'inventeur d'une lignée cellulaire qui contient un gène particulier peut empêcher d'autres chercheurs d'isoler à leur tour une expression de ce gène. Les titulaires d'un brevet peuvent aussi exiger des droits de licence exorbitants pour l'utilisation de leurs inventions biomédicales et limiter en conséquence à des patients jouissant d'un certain niveau de revenu l'accès à un traitement ou à un diagnostic breveté[321].

Stacey Kincaid fait remarquer, dans « Oh, The Places You'll Go: The Implications of Current Patent Law on Embryonic Stem Cell Research »[322], qu'aux États-Unis, un brevet a été accordé (il s'agit du brevet 6 200 806) à la Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF) de l'University of Wisconsin pour une méthode permettant d'isoler des cellules souches embryonnaires et pour les cellules souches elles-mêmes. Elle précise que ce brevet est le seul au monde de ce genre. La WARF a aussi déposé des demandes de brevets en Europe[323]. On a ensuite développé les cellules souches ainsi isolées et brevetées en six catégories distinctes : les cellules sanguines, les hépatocytes, les cellules musculaires, les neurones, les cellules des os et celles du pancréas[324].

Pour Kincaid, les préoccupations relatives aux brevets sur les cellules souches sont avant tout d'ordre « éthique » et découlent de la qualité morale ou spéciale de l'embryon humain d'où sont tirées les cellules. Elle observe que certains critiques s'opposent à l'octroi de ces brevets du fait qu'il s'agit de [TRADUCTION] « brevets sur la vie ». Elle conclut néanmoins que ces objections sont en grande partie d'ordre politique[325].

R. Stephen Crespi propose une critique du Nuffield Council Report du Royaume-Uni (dont nous avons traité plus tôt) dans « Patenting and Ethics: A Dubious Connection »[326]. Il constate que de l'avis du Conseil, il y a lieu d'établir une distinction entre les brevets sur les gènes et les autres brevets, en raison de la question de « propriété »[327].

Crespi estime que le Nuffield Council Report confond brevet sur un gène et droit de propriété sur un gène. Un chercheur qui invente du matériel biologique inédit, fait-il remarquer, est propriétaire de son invention, qu'il possède ou non un brevet. Les droits de brevet sont différents des autres droits de propriété. Un brevet donne à son titulaire le droit d'empêcher les autres de fabriquer, de vendre ou d'utiliser son invention pour la période définie par la loi. Dans une action en contrefaçon de brevet, le titulaire du brevet ne prétend pas être propriétaire du matériel que détient la partie défenderesse comme c'est le cas pour un vol. Si le tribunal déclare la partie défenderesse coupable de contrefaçon, celle-ci serait fort probablement tenue de verser au titulaire du brevet une indemnité établie selon l'état comptable des profits, par exemple. La sanction imposée pour contrefaçon d'un brevet n'a aucun rapport avec la propriété du matériel contrefait[328].

Dans le domaine des gènes, souligne Crespi, le titulaire d'un brevet sur une forme d'ADN « possède » seulement le droit de demander au tribunal de mettre un terme à

---

318 *Ibid.*, p. 266.
319 *Ibid.*, p. 268-69.
320 *Ibid.*, p. 269.
321 *Ibid.*, p. 269-70.
322 Stacey Kincaid, note 184.
323 *Ibid.*, p. 572-73.
324 *Ibid.*, p. 573.
325 *Ibid.*, p. 578.
326 Crespi, note 183.
327 *Ibid.*, p. 72.
328 *Ibid.*

l'utilisation non autorisée de l'ADN sous la forme isolée qu'il revendique[329].

Crespi se penche aussi sur l'affirmation du rapport Nuffield selon laquelle [TRADUCTION] « fondamentalement, les gènes ne sont que des renseignements », de sorte que « la question du brevetage des gènes est très différente de celle concernant l'isolement d'autres composés chimiques »[330]. Selon Crespi, cette catégorisation de l'ADN ne résisterait pas à une analyse juridique. Il réfère à la décision *Amgen c. Chugai*[331], dans laquelle le tribunal a prononcé le « classique » [TRADUCTION] « un gène est un composé chimique, mais c'est un composé chimique complexe »[332].

La doctrine a souvent fait état des préoccupations d'ordre moral et éthique que soulève le brevetage des gènes humains. Pour certains auteurs, le génome humain est le [TRADUCTION] « patrimoine commun de l'humanité »[333]. Ce point de vue trouve appui dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, de l'UNESCO. Les brevets sur les séquences de gènes humains font l'objet de critiques, parce qu'on considère qu'ils accordent à un petit nombre des droits exclusifs sur ce patrimoine collectif[334].

D'autres commentateurs craignent que l'octroi de brevets sur des gènes humains n'entraîne un manque de respect envers la dignité humaine. En faisant du corps humain et de ses composantes des produits de commerce, les brevets relèguent le corps humain au rang d'une marchandise ou d'un objet. La réification et l'objectivisation ont été décrites comme suit :

> [TRADUCTION]
>
> La réification est le fait d'associer une chose ou une pratique à des dispositions d'esprit généralement liées à un certain sous-ensemble de transactions commerciales. L'objectivisation désigne aussi le fait de traiter quelqu'un ou quelque chose comme une marchandise, mais ce qui est troublant n'est pas tant l'échange d'argent que l'idée qu'un être, une entité morale dotée d'autonomie et de dignité, soit assimilé à un instrument que d'aucuns pourraient utiliser pour répondre à leurs besoins ou à leurs désirs sans susciter d'objections d'ordre moral[335].

La préoccupation essentielle, dans ce cas, est que le brevetage de matériel vivant humain et, de là, la transformation de ce matériel en des produits de commerce ordinaires, ouvrent la voie à un changement d'attitude envers la vie et les organismes vivants[336].

Certains auteurs abordent la question du point de vue de la propriété. Ils estiment qu'on peut théoriquement diviser les gènes en deux catégories distinctes : les séquences d'ADN elles-mêmes, et l'information génétique qu'elles contiennent. Le droit ne s'est pas encore prononcé sur le statut juridique de ces deux entités. On prévoit que le fait pour le droit de considérer les gènes comme une propriété, un être humain ou quelque autre entité reconnue par la loi, aura d'immenses répercussions[337]. [TRADUCTION] « Ces répercussions seront aussi bien symboliques que psychologiques et modifieront jusqu'à la façon dont les êtres humains se perçoivent eux-mêmes[338]. » Si le matériel génétique est défini comme une partie ou une extension de l'être humain dont il est issu, les tribunaux pourraient décider que le droit relatif aux personnes régit ce matériel et le protège. En revanche, s'il est assimilé à une propriété, on jugerait très probablement qu'il est régi et protégé par le droit patrimonial[339].

Certains ont soutenu que les brevets sur les gènes sont incompatibles avec le respect du droit de la personne à l'autodétermination (le droit d'exercer des choix sur sa façon de vivre), parce qu'ils accordent des droits de propriété sur des composantes d'êtres humains[340]. De plus, l'autodétermination est fondamentalement liée au droit de propriété sur soi-même (le droit de choisir comment utiliser son propre corps); en conséquence, l'octroi d'un brevet sur du matériel génétique équivaut à permettre que certaines composantes

---

[329] *Ibid.*
[330] *Ibid.*, p. 75.
[331] *Amgen c. Chugai* (1989, 1991), 13 *US Patent Quarterly* 2d, p. 1737 à 1797, et 18 *USPQ* 2d, p. 1017 à 1031.
[332] Crespi, *supra*, note 183, p. 75.
[333] Pour les commentaires complets, voir B. M. Knoppers, « Status, Sale and Patenting of Human Genetic Material: An International Survey », (1999) 22 Nature Genetics 23.
[334] *ALRC*, *supra*, note 4.
[335] T. Schrecker et A. Wellington, « Patenting of Biotechnological Innovations Concerning Animals and Human Beings », p. 31.
[336] *Ibid.*, p. 33.
[337] M. Litman et G. Robertson, note 96, p. 51.
[338] *Ibid.*
[339] *Ibid.*, p. 51-52.
[340] Resnik, *supra*, note 40, p. 155-159 (cité dans *ALRC*, note 4, p. 52).

des gens appartiennent à d'autres[341]. Cet argument a fait l'objet de critiques, d'aucuns lui reprochant de confondre les droits de propriété intellectuelle immatérielle, reconnus par brevet, et les droits de propriété physique[342].

6.4.5 Analyse

En vertu de la *Loi sur les brevets*, le commissaire est tenu d'octroyer un brevet si l'« invention » satisfait aux trois critères de la nouveauté, de l'utilité et du caractère non évident. Dans l'arrêt relatif à la *souris de Harvard*, précité, les cinq juges formant la majorité ont maintenu la distinction du Bureau des brevets entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures pour les besoins de la brevetabilité, bien que cette distinction n'existe pas dans la Loi[343]. Les juges dissidents ont rejeté cette distinction et auraient permis l'octroi d'un brevet pour l'oncosouris.

Un arrêt plus récent donne à penser que les juges de la Cour suprême demeurent divisés dans leur approche quant aux questions de brevetabilité et de contrefaçon relatives au matériel biologique. Dans *Monsanto*, précité, les juges majoritaires ont statué que la portée du brevet se limite aux gènes chimériques et aux cellules végétales dans lesquelles le gène a été inséré. Toutefois, comme le gène et les cellules sont présents dans chaque partie de la plante, toute utilisation de la plante contreviendrait au brevet. Par suite de cette décision, la plante entière (une forme supérieure de vie) se trouve dans les faits protégée par le brevet de toute utilisation non autorisée de ses cellules et gènes composites. Les juges dissidents auraient limité la portée du brevet à l'utilisation en laboratoire, puisque la plante, une forme supérieure de vie, est capable de se reproduire et de se propager sans intervention.

L'on peut soutenir qu'en conséquence de l'arrêt de la Cour suprême dans *Monsanto*, l'oncosouris de Harvard, qui se compose dans une large mesure de gènes brevetés génétiquement modifiés, est également protégée contre toute utilisation non autorisée. Il découlerait de l'arrêt *Monsanto* et de l'arrêt de la *souris de Harvard* que les formes de vie supérieures, bien que non brevetables, sont protégées par brevet d'une utilisation non autorisée de la plante ou de l'oncosouris.

Si dans l'avenir, les tribunaux canadiens changeaient de cap et adoptaient une approche plus ouverte quant à la portée de la brevetabilité et s'ils rejetaient la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures, les craintes concernant l'incapacité de soustraire certains matériaux biologiques à la brevetabilité sous le régime de la *Loi sur les brevets* pourraient obliger le Parlement à légiférer.

6.4.5.1 L'octroi d'un brevet pour du matériel prélevé sur le corps humain pourrait-il soulever des questions liées aux droits de la personne?

Les progrès de la biotechnologie dans les domaines de la science et de la médecine continueront de repousser les frontières de la brevetabilité et donneront sans doute lieu à des inventions brevetées pour des utilisations du matériel humain que l'on ne saurait encore imaginer. Il se peut que certaines de ces inventions brevetées soulèvent des questions relatives aux droits de la personne, particulièrement si le brevet restreint l'autonomie ou l'autodétermination de la personne.

Il est possible d'obtenir un brevet pour le procédé visant à isoler et à caractériser une cellule humaine, comme une cellule hépatique. Personne d'autre, pas même le donneur, ne pourrait utiliser ou faire breveter cette cellule, peut-être même pour un usage différent, sans obtenir au préalable une licence du titulaire du brevet.

---

341 *ALRC, supra*, note 4, p. 53-54. Les auteurs soulignent aussi, à la p. 54, que cet argument a été critiqué.

342 *Ibid.*

343 Il est toutefois possible de soutenir que la démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures, dans la jurisprudence, a évolué. À compter de la décision *Abitibi*, précitée, la Commission d'appel des brevets a adopté la position que « toutes les nouvelles formes de vie qui seront produites en grandes quantités, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes » seraient brevetables. La Commission a dit douter qu'un inventeur d'une forme de vie supérieure soit capable de reproduire cette forme de vie à son gré et de manière uniforme. Si toutefois il ou elle le pouvait, son invention pourrait être brevetable. Dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, la Cour a refusé une demande de brevet pour une nouvelle variété de soya, parce que l'inventeur n'avait pas modifié le processus de reproduction de la plante, qui était toujours soumis aux lois de la nature; en conséquence, le processus ne pouvait être breveté. Enfin, dans l'arrêt relatif à la *souris de Harvard*, précité, les juges majoritaires se sont dit d'avis que l'octroi d'un brevet sur une forme de vie supérieure augmenterait considérablement la portée des droits attachés au brevet. Les droits de brevet ne protégeraient pas seulement l'invention brevetée, mais aussi sa descendance, puisque les formes de vie supérieures se reproduisent sans l'intervention humaine. La portée des droits attachés au brevet ne serait pas en harmonie avec les droits consentis dans d'autres domaines.

L'octroi d'un tel brevet pourrait-il soulever des questions relatives aux droits de la personne?

L'hypothèse présentée ci-dessous sert à illustrer quelques-unes des questions qui peuvent se poser. Certains n'y verront peut-être qu'un scénario de « science-fiction », mais en réalité, une grande partie de la science décrite dans cette hypothèse est déjà du domaine du possible.

> Jane Doe consent librement et sans réserve à faire don de ses cellules hépatiques pour des fins de recherche. Le chercheur réussit à isoler des cellules de Jane et les utilise pour inventer une lignée cellulaire qui pourrait permettre de mettre au point un traitement pour les personnes atteintes de cirrhose. Le chercheur demande et obtient un brevet sur le procédé (isolement, caractérisation et expression) ainsi que sur la lignée cellulaire résultante. Cinq ans plus tard, Jane Doe contracte une grave maladie du foie. Son médecin traitant souhaite isoler des cellules du foie de Jane afin de concevoir un traitement personnalisé pour sa patiente.

Le médecin de Jane demande au titulaire du brevet de lui accorder une licence qui lui permettra d'utiliser le procédé breveté pour réussir à isoler des cellules de Jane, mais le chercheur refuse d'accéder à sa demande[344]. Si le médecin va néanmoins de l'avant, sans licence, le titulaire du brevet a le droit, en vertu de la *Loi sur les brevets*, de poursuivre le médecin et peut-être même Jane pour contrefaçon de brevet. Le titulaire peut en outre demander une injonction visant à empêcher Jane et son médecin d'utiliser le procédé breveté (paragraphe 54(1) et alinéa 57(1)*a*) de la *Loi sur les brevets*). Jane et son médecin estiment que l'interdiction d'avoir recours au procédé breveté pour réussir à isoler les cellules de Jane et tenter de mettre au point un traitement susceptible de lui sauver la vie mettent en cause les droits de la personne de Jane.

Recours prévus à la Loi sur les brevets

L'article 19 dispose qu'un gouvernement peut demander au commissaire des brevets l'autorisation de faire usage de l'invention brevetée, qui comprend un procédé breveté. Toutefois, l'autorisation ainsi obtenue par le gouvernement ne peut être transférée. De plus, le gouvernement doit établir qu'il s'est d'abord efforcé, durant une période raisonnable, d'obtenir du titulaire du brevet l'autorisation d'utiliser son procédé, à moins qu'il ne démontre que l'invention brevetée est requise à cause d'une situation nationale critique ou d'une extrême urgence, ou que l'autorisation est demandée à des fins publiques non commerciales (art. 19.1). Le gouvernement pourrait vraisemblablement démontrer que le cas de Jane est un cas « d'extrême urgence » et parvenir ainsi à obtenir une licence du titulaire du brevet.

De plus, selon l'article 65 de la Loi, le procureur général du Canada ou tout intéressé peut s'adresser au commissaire pour alléguer que le titulaire du brevet a fait un usage abusif des droits exclusifs qui dérivent du brevet et pour demander réparation aux termes de la Loi; ce recours, cependant, ne peut être exercé qu'à l'expiration d'un délai de trois années à compter de la date de l'octroi du brevet. Ce recours est moins intéressant pour Jane et pour son médecin, parce qu'ils doivent attendre l'expiration du délai de trois ans avant de pouvoir l'exercer.

Enfin, l'exemption relative à la recherche pourrait permettre à un chercheur mandaté par Jane d'étudier le procédé breveté sans obtenir au préalable une licence du titulaire du brevet. Jane devrait alors espérer que le chercheur parvienne à concevoir sa propre méthode pour réussir à isoler les cellules et à mettre au point un traitement pour elle. L'exemption pour les fins de la recherche représente donc une autre option, mais il faut, là encore, investir du temps pour analyser le procédé breveté et tenter d'inventer un procédé tout aussi efficace.

Une contestation fondée sur les droits de la personne

Selon Jane, le fait que le titulaire du brevet puisse l'empêcher d'avoir accès à un éventuel traitement influe sur son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa

---

[344] En vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur les brevets*, le commissaire des brevets peut, sur demande du gouvernement du Canada ou d'une province, autoriser celui-ci à faire usage d'une invention brevetée. Le commissaire devrait être convaincu que le gouvernement concerné s'est d'abord efforcé d'obtenir l'autorisation du breveté (article 19.1), sauf dans les cas de situation nationale critique ou d'extrême urgence ou dans les cas où l'autorisation est demandée à des fins publiques non commerciales (paragraphe 19.1(2)). La décision du commissaire relativement à ces questions peut faire l'objet d'un appel à la Cour fédérale (article 19.2). L'article 65 de la Loi énonce une disposition semblable; cependant, dans ce cas, la demande au commissaire ne peut être faite que si trois années se sont écoulées depuis la concession du brevet. Au terme de ces trois années, le procureur général du Canada ou toute personne intéressée peut s'adresser au commissaire pour alléguer que les droits exclusifs dérivant du brevet ont donné lieu à un abus de la part du titulaire du brevet et demander réparation en vertu de la Loi.

personne. Elle pourrait se tourner vers les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne pour connaître les normes pertinentes dans ce domaine.

En ce qui concerne le droit à la santé, l'instrument le plus pertinent est le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIRDESC), et plus particulièrement ses articles 12 et 15. L'article 12 garantit le droit fondamental de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint. Il comporte la reconnaissance la plus complète consacrée au droit à la santé dans une convention internationale[345]. L'Observation générale du Comité de l'ONU sur l'article 12 indique que le droit à la santé suppose à la fois des libertés et des droits. Les libertés comprennent le droit d'exercer un contrôle sur sa santé et sur son corps et le droit de ne pas subir d'ingérence[346]. Il serait possible d'invoquer ces dispositions et les Observations pertinentes devant les tribunaux canadiens afin que leur interprétation de la *Charte* et de la *Loi sur les brevets* tienne compte des principes qui y sont énoncés.

De plus, l'article 15 du PIRDESC, à l'alinéa (1)*b*), reconnaît à chacun le droit de bénéficier du progrès scientifique. L'Observation générale du Comité sur cet article suggère que les droits fondamentaux de la personne devraient avoir préséance sur les droits reconnus aux titulaires de brevets à l'alinéa 15(1)*c*). Comme nous l'avons mentionné, il existe peu de doctrine ou d'observations d'experts relativement à cette disposition. Le Comité du PIRDESC travaille actuellement à l'ébauche d'une Observation qui aidera les États membres à interpréter l'article 15.

Le Comité du PIRDESC a clairement précisé dans le passé qu'il convient d'établir une distinction entre les droits fondamentaux de la personne et les droits de propriété intellectuelle, qui sont le fruit d'un cadre réglementaire temporaire mis en place par l'État. On pourrait avancer que l'article 15 impose aux États le devoir d'adopter à l'égard des droits de propriété intellectuelle une approche qui assure la suprématie du bien-être de la personne. Les droits fondamentaux de la personne, intemporels, devraient l'emporter sur les droits de propriété intellectuelle, qui sont généralement de nature temporaire et qui peuvent être révoqués, octroyés par licence ou cédés.

On pourrait faire valoir qu'une exception, dans le cas de Jane, devrait autoriser celle-ci à contrefaire le brevet pour qu'elle et son médecin puissent, pour des raisons de nécessité médicale, utiliser le procédé breveté afin de prélever et d'isoler des cellules hépatiques, sans devoir obtenir une licence. Le brevet empêche Jane d'avoir accès à un traitement médical qu'il serait peut-être possible de mettre au point et qui lui permettrait peut-être de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint : elle est incapable de se soumettre à un traitement personnalisé qui pourrait lui faire retrouver son état de santé maximal.

6.4.5.2 L'octroi d'un brevet pour un procédé permettant d'isoler du matériel prélevé sur des personnes pourrait-il mettre en jeu des droits de la personne garantis par la *Charte*?

La Charte

La *Charte* garantit aux Canadiens certains droits et libertés. Toute action gouvernementale, notamment toute législation, doit être conforme à la *Charte*. Cette obligation échoit à tous les ordres de gouvernement, aussi bien au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux (y compris aux administrations municipales), et, selon toute vraisemblance, aux actions d'un mandataire du gouvernement ou de la Couronne, selon les circonstances.

Dans les cas où il est jugé qu'une action du gouvernement enfreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer que cette restriction est conforme à une règle de droit et il doit la justifier conformément à l'article premier de la *Charte*, qui suit :

> Art. 1 La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article premier permet au gouvernement de démontrer qu'une restriction des droits individuels constitue une

[345] Virginia A. Leary, « Implications of a Right to Health », *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Kathleen E. Mahoney et Paul Mahoney (Dordrecht, Pays-Bas: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 488.

[346] Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, *Observation générale N° 14 (2000)*, E/C.12/2000/4, 11 août 2000.

limite raisonnable dans une société libre et démocratique et qu'elle se justifie en fonction d'intérêts ou d'objectifs de société de portée générale, lorsque la restriction est comprise dans une règle de droit.

Les intérêts relatifs aux droits de la personne les plus pertinents que soulève le cas hypothétique sont ceux énoncés à l'article 7 de la *Charte*, dont voici le libellé :

> Art. 7 Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Sous le régime de l'article 7, le gouvernement peut porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais seulement lorsque cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Ces principes viennent préciser les droits énumérés à l'article 7. La Cour suprême du Canada a statué que les principes de justice fondamentale se retrouvent dans les préceptes fondamentaux du système juridique et qu'ils sont des principes juridiques qui recueillent un large consensus au sein de la société.

Si les tribunaux concluent que l'atteinte à ces droits par le gouvernement n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, l'examen peut dès lors prendre fin sans que le tribunal aille plus loin et sans qu'il n'examine si le gouvernement peut justifier cette atteinte aux termes de l'article premier de la *Charte*. Les tribunaux peuvent conclure que l'atteinte aux droits garantis par l'article 7 est si flagrante qu'elle ne saurait être justifiée conformément à l'article premier. Par contre, les tribunaux peuvent s'attendre à ce que le gouvernement avance des arguments pour justifier la restriction qu'il a imposée à un droit de la personne garanti par la *Charte*. Dans l'examen relatif à l'article premier, il incombe au gouvernement de prouver que l'atteinte ou la limite correspond à une règle de droit et est justifiée dans une société libre et démocratique.

Les considérations qui régissent les deux examens sont différentes. La Cour suprême a déclaré :

> [...] malgré certaines similitudes entre la pondération des droits et intérêts faite dans l'application de l'article 7 et celle faite dans l'application de l'article premier, ces pondérations présentent néanmoins des différences importantes. Premièrement, la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits et des principes en cause tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si une atteinte peut être justifiée [...] Deuxièmement, il a été jugé que, dans l'application de l'art. 7, la charge de la preuve appartient au demandeur à toutes les étapes de l'analyse. Ce n'est que si une atteinte à l'art. 7 est établie qu'il incombe au ministère public de la justifier conformément à l'article premier. Troisièmement, l'éventail des intérêts à prendre en considération pour l'application de l'article premier est beaucoup plus large que pour l'art. 7. [...] À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n'est pas la même pour les deux articles[347].

Dans le passé, l'article 7 a été perçu comme s'appliquant exclusivement en matière de droit criminel et quasi-criminel. La Cour suprême du Canada a cependant statué que les droits garantis par l'article 7 ne sont pas confinés à ce domaine du droit.

Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*,[348] la Cour suprême du Canada a statué que le droit à la liberté des parents était en cause aux termes de l'article 7 de la *Charte* par suite de l'intervention de l'État qui, en application d'un texte législatif, avait confié la tutelle d'un enfant à la Children's Aid Society pour qu'il puisse recevoir une transfusion sanguine.

Le juge en chef Lamer a précisé, dans *New Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*[349],

> [...] l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7,

[347] *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 97.
[348] *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 [ci-après *B(R)*]
[349] *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 [ci-après *GJ*].

> par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique[350].

Dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*[351], la Cour suprême, poursuivant sur la lancée de *B(R)* et de *G(J)*, a confirmé : « [...] il ne fait plus aucun doute que cette disposition [l'art. 7 de la *Charte*] n'est pas limitée au contexte pénal »[352]. L'article 7 peut s'appliquer dans des cas qui ne relèvent pas du droit criminel et dans lesquels un acte gouvernemental intéresse directement le système judiciaire et l'administration de la justice[353].

Dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*[354], trois juges de la Cour suprême ont statué que l'article 7 s'appliquait dans un cas qui ne concernait ni le système de justice criminelle, ni l'administration de la justice[355]. Il reste à voir si l'ouverture que trois juges de la Cour suprême ont manifesté quant à l'applicabilité de l'article 7 en dehors du contexte du droit criminel et de l'administration de la justice sera maintenue ou si elle se limitera à des circonstances similaires à celles de *Chaoulli*.

En ce qui concerne notre hypothèse, la première question consiste à se demander si l'intervention de l'État serait susceptible de priver Jane du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que lui reconnaît l'article 7. Il est possible de soutenir qu'il met bien en jeu une intervention gouvernementale. La décision d'octroyer les brevets relève du commissaire des brevets, une personne nommée par le gouverneur en conseil, qui exerce les pouvoirs et attributions que lui confère la loi. Le pouvoir du commissaire découle en effet d'une loi, la *Loi sur les brevets*, et en conséquence la *Charte* s'appliquerait très probablement aux actes du commissaire et notamment à ses décisions en matière de brevets. Peter W. Hoggs fait remarquer que la *Charte* vise :

> [TRADUCTION]
>
> [...] les mesures prises par le Cabinet, les ministres et les fonctionnaires au sein des ministères du gouvernement [...] y compris les sociétés de la Couronne et les organismes publics qui ne relèvent pas formellement des ministères mais qui, en raison du contrôle important qu'exercent les ministères à leur égard, sont considérés comme [celles] des « mandataires » de l'État[356].

On pourrait prétendre que l'octroi d'un brevet par le commissaire aux termes de la *Loi sur les brevets* est un acte assujetti à la *Charte*. Il est peu probable, cependant, que l'acte de délivrer un brevet à un inventeur pour un procédé qui permet d'isoler des cellules humaines compromette des droits garantis par la *Charte*. Le brevet protège uniquement le procédé qui permet d'isoler efficacement des cellules de Jane.

Vraisemblablement, Jane ne connaîtra de problèmes que si le titulaire du brevet refuse d'accorder une licence à son médecin pour qu'il puisse se servir du procédé breveté et isoler à son tour des cellules hépatiques de sa patiente. Le refus du titulaire du brevet, dans ce cas, peut-il faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*?

Il est possible de soutenir que le gouvernement n'exerce aucun contrôle sur la décision du titulaire du brevet de concéder ou non une licence[357]. Serait-il possible, en revanche, de faire valoir que les décisions du breveté quant à l'octroi de licences relèvent du gouvernement, puisque ces décisions découlent d'un pouvoir conféré par la loi et, partant, sont assujetties à la *Charte*?

L'attribution d'un brevet en vertu de la Loi assure à son titulaire les droits exclusifs d'exploiter, de fabriquer ou de vendre l'invention. De plus, selon la Loi, si l'invention est utilisée, fabriquée ou vendue sans l'autorisation du titulaire du brevet (sous forme de licence d'utilisation), ce dernier peut intenter un recours en dommages pour contrefaçon de brevet. Bien que la Loi assure certains

---

350 *Ibid.*, par. 65.
351 *Blencoe*, note 87.
352 *Ibid.*, par. 45.
353 *Ibid.*, par. 46.
354 *Chaoulli c. Québec (Procureur général.)*, [2005] CSC 35 [ci-après *Chaoulli*].
355 *Ibid.*, par. 153.
356 Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd. feuilles mobiles, Scarborough, Thomson Carswell, 1997, sous-section. 34.2(e).
357 La *Loi sur les brevets* donne la possibilité au gouvernement d'intervenir dans les décisions du titulaire d'un brevet relatives à l'octroi de licences, mais seulement dans les cas où le gouvernement peut établir que les droits exclusifs dérivant du brevet ont donné lieu à un abus de la part du titulaire, et uniquement si trois années se sont écoulées depuis la concession du brevet (articles 65 et 66 de la *Loi sur les brevets*).

droits au titulaire du brevet et prévoit qu'il peut obtenir réparation en cas de violation de ces droits, toute décision du titulaire du brevet quant à l'octroi de licences n'est pas prise en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. La plupart du temps, les décisions du titulaire d'un brevet concernant les licences ne sont pas assujetties au contrôle de l'administration (hormis le cas où le breveté a fait un usage abusif des droits rattachés au brevet, qui peut entrainer l'application de l'article 65 de la Loi). Les décisions du titulaire d'un brevet quant aux licences ne sont *pas* fondées sur la délégation d'un pouvoir conféré par la loi.

Dans notre situation fictive, l'incapacité de Jane d'isoler ses cellules hépatiques résulte directement de ce que le titulaire du brevet refuse de consentir une licence à Jane et à son médecin. On peut penser que le titulaire du brevet est une entité privée dont les décisions quant à l'octroi de licences ne sont pas, dans l'ensemble, assujetties au contrôle de l'État. En conclusion, Jane ne pourrait vraisemblablement attaquer ni le gouvernement, ni le titulaire du brevet pour déni d'un droit garanti par la *Charte*.

L'analyse et la conclusion seraient toutefois différentes si le titulaire du brevet était un ministère du gouvernement. Dans ce cas, le refus de concéder une licence pourrait constituer un acte du gouvernement et être assujetti à la *Charte*.

Peut-être y a-t-il un argument que Jane, dans notre scénario, pourrait présenter avec succès au regard de la *Charte*. Même s'il y a lieu de penser que la décision d'un titulaire de brevet du secteur privé concernant à l'octroi de licences pour l'utilisation d'une invention brevetée ne serait pas assimilée à un acte du gouvernement, les tribunaux pourraient estimer par ailleurs qu'une injonction du tribunal, qui est l'un des recours possibles dans un litige entre parties privées sous le régime de la *Loi sur les brevets*, constitue un acte gouvernemental susceptible de faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*.

Peter W. Hogg donne à entendre, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême, que si l'ordonnance du tribunal visant à résoudre un litige entre deux parties privées se fondait exclusivement sur la common law, elle *ne serait pas* considérée comme un acte gouvernemental et la *Charte* ne s'appliquerait donc pas. Par contre, l'ordonnance du tribunal relative à un litige entièrement privé régi par un texte législatif *serait* assujettie à la *Charte*[358].

Si Jane ou son médecin décidait d'aller de l'avant et de contrefaire le brevet en entreprenant sans autorisation de prélever et d'isoler des cellules de Jane, le titulaire du brevet pourrait faire valoir les droits que lui confère la loi devant les tribunaux et réclamer des dommages-intérêts et une injonction. L'injonction du tribunal est l'un des recours prévu et régi par la *Loi sur les brevets* pour le règlement des litiges privés. L'injonction pourrait être considérée comme un acte gouvernemental à l'égard duquel la *Charte* s'applique.

Jane pourrait plaider qu'avant de décerner une injonction, les tribunaux ont le devoir d'examiner sa conformité avec la *Charte*. Elle pourrait faire valoir que l'injonction les empêcherait, elle et son médecin, de concevoir un traitement qui pourrait peut-être lui sauver la vie et qu'en conséquence, cette injonction compromettrait ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la *Charte*.

Dans *R. c. Morgentaler*[359], le juge en chef Dickson, s'exprimant en son nom et en celui du juge Lamer, a déclaré :

> […] que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne[360].

La juge Wilson, consignant l'un des avis des juges majoritaires et s'exprimant en son propre nom, s'est dite en accord avec le juge en chef et avec le juge Beetz et a souligné que « […] le droit de chacun à "la sécurité de sa personne" garanti par l'art. 7 de la *Charte* protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne »[361]. Le juge Beetz, s'exprimant en son nom et en celui du juge Estey, a observé que « […] le droit constitutionnel à la sécurité de

---

[358] Hogg, note 356, p. 34.2(f). Peter Hogg a établi une distinction entre l'arrêt de la Cour suprême dans *Dolphin Delivery* (un litige entre des parties privées qui reposait sur la common law) et les arrêts qu'elle a rendus dans *R. c. Rahey* et dans *British Columbia Government Employees' Union c. British Columbia (Procureur général)* (un litige de nature privée régi par un texte législatif).

[359] *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 [ci-après *Morgentaler*].

[360] *Ibid.*, par. 20.

[361] *Ibid.*, par. 243.

la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger [...] L'article 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la vie ou la santé d'une personne est en danger [...] Il doit y avoir intervention de l'État pour qu'il y ait violation de la "sécurité de la personne " visée à l'art. 7[362]. »

Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*[363], le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a fait observer que le droit à la sécurité de la personne « [...] contien[t] une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État »[364]. Il convient de remarquer, cependant, que tant *Rodriguez* que *Morgentaler*, précité, ont analysé le droit à la sécurité de la personne dans le contexte du droit criminel.

Dans *R. c. Parker*[365], la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si l'interdiction de cultiver et de posséder de la marijuana, édictée dans deux lois fédérales, contrevenait aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à l'article 7 de la *Charte*[366]. L'intimé, Parker, a soutenu que ces interdictions compromettaient sa santé et, partant, ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne.

La Cour d'appel a rappelé que *Morgentaler*, précité, est l'arrêt-clé pour les cas dans lesquels un traitement médical se heurte au droit criminel. Dans *Morgentaler*, il a été jugé que l'atteinte par l'État à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État constituent, du moins dans le contexte du droit criminel, une violation de la sécurité de la personne. Ce point de vue sur le droit à la sécurité de la personne est conforme à celui retenu dans les arrêts *Rodriguez* et *G(J)*, précités[367].

S'appuyant sur les observations de la Cour suprême dans *Morgentaler* et *Rodriguez*, la Cour d'appel a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
>
> [...] interdire, au moyen d'une sanction pénale, l'accès à une médication requise de manière raisonnable pour le traitement d'un état pathologique qui menace la vie ou la santé constitue une violation de la sécurité de la personne [...] Priver un patient d'une médication dans ces circonstances, en l'assujettissant à une sanction pénale, constitue aussi une atteinte grave à son intégrité tant physique que psychologique[368].

Plus loin dans l'arrêt *Morgentaler*, il est dit que :

> [...] le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger [...] Il doit y avoir intervention de l'État pour qu'il y ait violation de la « sécurité de la personne » visée à l'art. 7. Si une règle de droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement médical approprié lorsque sa vie ou sa santé est en danger, l'État est alors intervenu et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. *La « sécurité de la personne » doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé*[369] [non souligné dans l'original].

Si Jane et son médecin enfreignent l'injonction du tribunal et décident de mettre au point le traitement médical, ils

---

[362] *Ibid.*, par. 84.

[363] *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 [ci-après *Rodriguez*].

[364] *Ibid.*, p. 587-88.

[365] *R. c. Parker* (31 juillet 2000) [ci-après *Parker*] Internet : http://www.canlii.org/on/cas/onca/2000/2000onca359.html

[366] Le juge de première instance a statué que ces interdictions violaient les droits de l'intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne énoncés à l'article 7 de la *Charte*, et qu'elles contrevenaient aux principes de justice fondamentale. Plutôt que d'annuler l'interdiction, le juge de première instance a conclu à l'existence d'une exemption à l'égard des personnes qui cultivent ou sont en possession de marihuana pour leur consommation personnelle prescrite par un médecin.

[367] *Parker*, note 365, par. 93.

[368] *Ibid.*, par. 97.

[369] *Ibid.*, par. 106.

risquent d'être déclarés coupables d'outrage au tribunal et d'encourir une peine d'emprisonnement ou une amende. Jane doit choisir entre, d'une part, le risque de perdre sa liberté pour recevoir un traitement médical et, d'autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement du tout. Il serait donc possible de soutenir que cette situation porte atteinte au droit de Jane à la sécurité de sa personne.

Dans *G(J)*, précité, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a statué :

> [...] les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui font jouer l'art. 7 sont celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Autrement dit, l'objet de l'art. 7 est le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi, lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne [...] toutefois, [...] l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique[370].

Bien que le cas hypothétique n'ait pas de lien avec l'administration judiciaire criminelle, on pourrait soutenir que l'injonction serait décernée par suite de l'interaction de Jane avec le système judiciaire et l'administration de la justice, situation qui mettrait en jeu l'article 7 de la *Charte*.

Les tribunaux pourraient convenir qu'une injonction d'un tribunal constitue une atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à Jane par l'article 7 de la *Charte*. Les tribunaux procéderaient alors à l'étape suivante de l'examen relatif à l'article 7 et se demanderaient si cette atteinte causée par l'État est conforme aux principes de justice fondamentale. À cette étape, le plaignant est tenu d'identifier et de définir les principes de justice fondamentale pertinents. Il serait hasardeux, en l'occurrence, de tenter de définir quels seraient ces principes, le cas échéant.

Si les tribunaux décidaient que l'atteinte aux droits de Jane est conforme aux principes de justice fondamentale, l'atteinte serait jugée constitutionnelle. Par contre, s'ils concluaient que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, le plaignant aurait réussi à établir la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Les tribunaux pourraient statuer que l'État ne saurait justifier une telle atteinte aux termes de l'article premier de la Charte, ou ils pourraient examiner si l'État démontre que la restriction des droits de Jane découle d'une règle de droit et qu'elle se situe dans des limites raisonnables qui se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Confrontés à une situation aussi frappante, les tribunaux pourraient créer une exemption à la contrefaçon de brevet ou une défense en vertu de la common law analogue à celle proposée par les législateurs aux États-Unis (une extension de la défense relative au traitement médical). Les tribunaux pourraient décrire cette défense de façon à permettre aux médecins habilités et aux établissements de santé d'utiliser le procédé non autorisé à l'occasion d'un acte nécessaire sur le plan médical.

Ce cas fictif traitait du brevetage d'un procédé, mais la même analyse s'appliquerait si l'objet du brevet était un gène humain qui a été isolé. Il est important de souligner que cette analyse est fondée sur des faits hypothétiques. Il est possible qu'un tribunal saisi de faits différents procéderait à une analyse différente. Si le titulaire du brevet était un ministère du gouvernement, le litige n'opposerait plus deux parties privées, mais mettrait directement en cause un acte gouvernemental, le refus d'accorder une licence, et pourrait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*.

6.4.5.3 L'octroi d'un brevet pour un traitement génétique autoréplicable dans le corps humain pourrait-il mettre en jeu des droits garantis par la *Charte*?

Nous proposons le scénario hypothétique suivant pour faciliter l'analyse et la discussion.

> Après avoir subi des tests génétiques, Jane Doe apprend qu'elle est porteuse du gène d'une maladie à déclenchement tardif, la chorée de Huntington. Les chercheurs ont récemment mis au point un procédé

[370] *G.(J.)* note 349, par. 65.

pour implanter un gène modifié qui remplacera le gène de Huntington, au moyen d'un rétrovirus (un type de vecteur), dans toutes les cellules du corps de Jane, y compris ses cellules germinales ou cellules sexuelles. Les chercheurs obtiennent un brevet pour la séquence d'ADN saine, mais pas pour le procédé d'implantation, puisqu'il s'agit d'une forme de traitement médical et qu'à ce titre, il n'est pas brevetable. Une fois implanté dans le corps de Jane Doe, le gène modifié neutralise et remplace le gène responsable de la chorée de Huntington dans chacune de ses cellules.

Jane décide d'avoir un enfant. Elle se demande toutefois si le processus de reproduction, par lequel elle transmettrait le gène sain génétiquement modifié à sa descendance, contreviendrait au brevet. Le titulaire du brevet prétend que oui et soutient que Jane doit obtenir une licence avant de concevoir un enfant. Ce brevet mettrait-il en cause les droits humains de Jane?

Comme nous l'avons mentionné, un brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher d'autres personnes d'exploiter, de fabriquer ou de vendre l'invention. Le noyau dans les cellules de Jane, ainsi que dans ses ovules ou ses œufs, contient le gène breveté. L'on pourrait soutenir qu'en se reproduisant, Jane a « utilisé » ou « fabriqué » le gène breveté sans obtenir au préalable l'autorisation du titulaire du brevet et que, dès lors, elle aurait contrevenu au brevet.

Les arguments et l'analyse présentés à l'égard du premier scénario s'appliqueraient aussi à la situation présente. Si le titulaire du brevet était une entité privée et non pas un organisme gouvernemental, il est peu probable que Jane puisse invoquer la *Charte*.

Si Jane décidait d'avoir un enfant et transmettait à sa descendance le gène modifié génétiquement, quelles seraient les options du titulaire du brevet? Il pourrait demander au tribunal de décerner une injonction interdisant à Jane et à sa descendance de se reproduire sans avoir obtenu une licence. Jane ferait valoir que la *Charte* s'applique, puisque l'injonction du tribunal est la résolution d'un litige privé qui est régi par une loi (la *Loi sur les brevets*) et qu'à ce titre, elle constitue un acte gouvernemental[371].

Il est très peu probable qu'un tribunal décernerait une telle injonction. En premier lieu, il serait possible de faire valoir qu'en vertu des instruments internationaux de protection des droits de la personne, les personnes jouissent du droit de décider elles-mêmes de leur reproduction (voir les observations des chapitres 2 et 3). Ces instruments de protection des droits de la personne seraient présentés en preuve pour aider les tribunaux canadiens dans leur interprétation de la *Charte* et de la *Loi sur les brevets*.

De plus, comme il a été mentionné, la jurisprudence relative à l'article 7 de la *Charte* tend à indiquer que le droit à la liberté et à la sécurité de la personne comprend le droit de décider seul de sa propre reproduction. Il est peu probable qu'un tribunal décerne une injonction interdisant à une personne de se reproduire. Selon toute vraisemblance, il s'agirait d'un cas où les droits fondamentaux de la personne (le droit de Jane de se reproduire) auraient préséance sur les droits de propriété intellectuelle (les droits du titulaire du brevet).

6.6 Le brevetage d'un embryon humain in vitro soulève-t-il des questions en matière de droits de la personne?

(Remarque : Dans la présente section, le terme « embryon in vitro » désigne un ovule humain fécondé, depuis le moment de la fécondation jusqu'au stade fœtal, qui débute huit semaines après la fécondation)

6.6.1 Instruments internationaux et régionaux

Instruments internationaux de défense des droits de la personne

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDCP) prévoit ce qui suit, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 8 :

Article 8

1. Nul ne sera tenu en esclavage; l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes, sont interdits.

2. Nul ne sera tenu en servitude.

[371] Hogg, *supra*, note 356, sous-section 34.2(f).

On juge que ces dispositions offrent certaines des garanties les plus fondamentales en matière de droits de la personne : la protection contre l'esclavage et la servitude[372]. Il y esclavage lorsqu'une personne en possède une autre de manière à pouvoir l'exploiter totalement en toute impunité[373]. Leparagraphe 1 de l'article 8 interdit l'esclavage. Leparagraphe 2 interdit la servitude, notion plus vaste que l'esclavage. Elle comprend d'autres formes plus flagrantes d'exploitation économique ou de domination d'une personne par une autre, ainsi que des pratiques assimilées à de l'esclavage[374].

Le Comité des droits de l'homme a exprimé des inquiétudes au sujet du système de « servitude pour dettes » (*bonded labour*) qui existe en Inde, possiblement en violation de l'article 8. Il s'agit d'une pratique par laquelle un débiteur constitue en gage ses propres services ou ceux d'une autre personne sous son autorité (habituellement un enfant) afin de garantir une dette[375]. Le Comité a aussi exprimé de vives inquiétudes concernant d'autres activités, comme le trafic des femmes à des fins de prostitution ainsi que le travail et la prostitution des enfants, qui contreviennent à l'article 8. Les États parties ont la responsabilité de protéger toutes les *personnes* qui sont de leur ressort contre les violations de l'article 8 par des tiers, y compris par l'État lui-même[376]. Le Canada, signataire du PIRDCP, est tenu de se conformer à ses dispositions. Même si les dispositions du PIRDCP ne peuvent servir de base pour engager une action devant un tribunal canadien, elles peuvent être citées pour éclairer une interprétation particulière de la *Charte* ou d'une loi interne, comme la *Loi sur les brevets*.

Accords commerciaux

Le Canada est membre de l'OMC et doit donc se conformer aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. En cas de non-conformité ou de litige, des mesures de rétorsion pourraient être prises contre le Canada sous la forme de sanctions commerciales. Le paragraphe (2) de l'article 27 permet aux États membres d'exclure de la brevetabilité certains objets en vue de protéger l'ordre public ou la moralité sur leur territoire, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation. Il se lit comme suit :

> Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.

En droit européen, l'ordre public englobe la protection de la sécurité publique, de l'intégrité physique des personnes en tant que membres de la société, ainsi que la protection de l'environnement[377]. Les Directives relatives à l'examen de l'OEB précisent que la notion d'ordre public est liée à la sécurité et aux inventions susceptibles d'inciter à la révolte, de troubler l'ordre public ou d'engendrer des comportements criminels ou choquants[378]. L'OEB doit aussi examiner si l'invention ne contrevient pas aux bonnes mœurs et si elle se prête à une exploitation commerciale. Il doit se demander si cette invention apparaîtrait au public comme si répugnante qu'il serait inconcevable de la breveter. L'expression « bonnes mœurs » englobe toutes les normes reconnues qui sont profondément enracinées dans une culture donnée[379]. Il y a cependant lieu de noter qu'une invention dont la vente est interdite dans un État membre ne peut pas être exclue de la brevetabilité en invoquant l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il doit y avoir un lien entre l'interdiction et l'ordre public ou les bonnes mœurs[380].

Les États membres de l'OMC ne sont bien sûr pas tenus de se conformer à ces règles européennes. Ils peuvent décider dans quelles situations la notion d'ordre public s'applique sur leur territoire et définir eux-mêmes en quoi consistent les bonnes mœurs.[381]

---

372 Sarah Joseph, Jenny Schultz, et Melissa Castan, *the International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 198.

373 *Ibid.*, p.199.

374 *Ibid.*

375 *Ibid.*

376 *Ibid.*, p.199-200.

377 Secrétariat de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCD) et International Centre for Trade and Sustainable Development, Draft *TRIPS and Development: Resource Book* (Genève, 2002) p. 2.5.3 (page 40). Internet : http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm (Consulté le 20 avril 2005).

378 *Ibid.*, p. 2.5.3 (pages 40-41).

379 *Ibid.*, p. 2.5.3 (page 41).

380 *Ibid.*, p. 2.5.3. (page 39).

381 *Ibid.*, p. 2.5.3 (page 40).

Instruments régionaux

Le Canada n'est pas un membre du Conseil de l'Europe, mais il y a le statut d'observateur. Les instruments de défense des droits de la personne adoptés par le Conseil n'ont donc pas force exécutoire au Canada. Ces instruments, et la manière dont ils ont été interprétés, peuvent cependant aider les tribunaux dans leur interprétation de la *Charte* ou d'autres textes législatifs internes.

Selon le paragraphe (1) de l'article 18 de la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*[382], lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. Selon le paragraphe (2) du même article, la création d'embryons humains à des fins de recherche est interdite.

La Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, à l'alinéa (2)c) de l'article 6, stipule que les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ne sont pas brevetables parce que leur exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[383]. Elle précise aussi au paragraphe (1) de l'article 5 que le corps humain, aux différents stades de sa formation et de son développement, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

L'Organisation des États américains (OEA) est une organisation régionale qui compte parmi ses membres des pays d'Amérique du Sud et d'Amérique centrale, des Antilles, ainsi que les États-Unis et le Canada. Il s'agit d'un organisme régional au sens de l'article 52 de la *Charte* des Nations unies. En 1969, l'OEA a adopté la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (la *Convention*)[384]. Le Canada n'a pas signé la *Convention* et ne l'a pas ratifiée.

Le paragraphe (1) de l'article 4 de la *Convention* se lit ainsi :

> Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie.

Cet article restreint la protection des enfants à naître par les mots « en général ». Dans les *Travaux préparatoires* à la *Convention*, il est noté que certains États membres s'opposaient vivement à la suppression des mots « en général », craignant que le droit à un avortement légal, reconnu dans certains pays, soit compromis. La majorité des États membres étaient cependant d'avis que le droit à la vie des enfants à naître devait être protégé par l'article 4, car ils considéraient que l'avortement est un crime[385].

6.6.2 L'état du droit dans d'autres pays

Les États-Unis

La *Patent Act* des États-Unis ne contient pas de liste exhaustive des objets qui ne sont pas brevetables. Du moment que l'invention est nouvelle et utile et qu'il s'agit d'un procédé, d'une machine, d'une fabrication ou d'une composition de matières, elle peut être brevetée. Le Congrès des États-Unis considère que cette liste est très longue, et qu'en fait, elle englobe tout ce qui existe sous le soleil et qui a été fabriqué par l'homme[386]. Les tribunaux, par contre, ont exclu un certain nombre de choses, comme les lois de la nature, les phénomènes naturels, les minéraux que l'on trouve dans le sol et les plantes à l'état naturel[387].

Dans son rapport intitulé *Reproduction and Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies*[388], le President's Council on Bioethics souligne que la *Patent Act* ne contient aucune disposition voulant que des questions de moralité soient prises en compte dans la détermination de la brevetabilité. Les auteurs du rapport font remarquer que des brevets ont été délivrés à ce jour pour des lignées cellulaires et des tissus humains modifiés, ainsi que pour de l'ADN humain. Ils soulignent que la perspective que des brevets soient éventuellement revendiqués pour des gamètes et des embryons humains soulève des préoccupations éthiques[389]. Puisque le brevet conférerait à son titulaire un droit de quasi-propriété sur une autre personne ou une

---

382 *Convention*, *supra*, note 131.
383 *Directive*, *supra*, note 138.
384 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, O.E.A., série de traités nº 36, 1144 U.N.T.S. 123, entré en vigueur le 18 juillet 1978.
385 Voir chapitre 2, note 246.
386 Sheldon W. Halpern, et al., note 10, p. 227.
387 *Ibid.*, p. 227 (s'appuyant sur *Chakrabarty* et *Diehr*).
388 President's Council on Bioethics, *Reproduction and Responsibility: The Regulations of New Biotechnologies* (Washington, D.C., mars 2004). Internet : http://www.bioethics.gov.
389 *Ibid.*

partie de cette personne, le Conseil souligne qu'un brevet portant sur un embryon serait profondément inquiétant[390]. Le rapport recommande que le Congrès modifie la législation sur les brevets afin d'interdire le brevetage des embryons humains et de le restreindre dans le cas des spermatozoïdes et des ovules[391].

Droit des États

Dans au moins un État, celui de la Louisiane, l'embryon humain in vitro possède des droits légaux dès la conception, qui lui sont conférés par le *Code civil* de cet État. Il est considéré comme une personne juridique ayant le droit de poursuivre et d'être poursuivie jusqu'au moment de son implantation dans l'utérus d'une femme[392].

Jurisprudence

Le 6 février 2005, un juge du Cook County dans l'État de l'Illinois a statué qu'un embryon in vitro, qui avait été éliminé par erreur, était légalement un être humain[393]. Il s'agissait d'un couple qui éprouvait des problèmes d'infertilité et qui s'était adressé à une clinique de fertilité. Après avoir subi un traitement avec succès, le couple croyait que leur embryon in vitro avait été cryoconservé pour fins de reproduction future. Toutefois, lorsqu'il est retourné à la clinique deux ans plus tard pour d'autres traitements contre l'infertilité avec l'embryon in vitro, le couple a appris que celui-ci avait été jeté par erreur par le Centre[394].

Le couple a poursuivi le Centre en dommages-intérêts, affirmant que la mise au rebut de l'embryon équivalait à une affaire de mort injustifiée. Deux juges ont rejeté la poursuite avant que le juge Lawrence statue en faveur des demandeurs. Il a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> Les philosophes et les théologiens peuvent en débattre, mais pour la législature de l'Illinois, cela ne fait aucun doute. La vie débute dès la conception[395].

Au moment d'écrire ces lignes, l'avocat du Centre étudiait toujours la réponse à donner à cette décision. Plusieurs commentateurs étaient d'avis que le juge avait mal interprété la législation de l'État en se fondant sur une loi de l'État relative à l'avortement qui avait été invalidée[396].

Le Royaume-Uni

La *Patent Act* du Royaume-Uni[397], au paragraphe 1(3), permet d'exclure de la brevetabilité [TRADUCTION] « ... une invention dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'intérêt public ou aux bonnes mœurs ». La *Human Fertilization and Embryology Act*[398] a été modifiée récemment pour permettre la production in vitro d'embryons humains aux seules fins de la recherche.

Le Royaume-Uni est tenu de se conformer à la *Directive* du Parlement européen et du Conseil. Le Patent Office du Royaume-Uni a publié récemment un avis de pratique confirmant qu'il ne délivrerait pas de brevet sur des procédés servant à obtenir des cellules souches embryonnaires humaines, estimant que ce procédés ne sont pas brevetables puisque la *Directive* interdit l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales[399]. De plus, le PO n'accordera pas de brevet sur des cellules humaines multipotentes en raison de la possibilité qu'elles puissent former un corps humain entier[400].

6.6.3 Le Canada

Il n'est pas certain que le commissaire des brevets accepte de délivrer un brevet sur un embryon humain in vitro au stade unicellulaire. Selon la pratique au Bureau des brevets, les formes de vie supérieures, soit les graines, les plantes et les animaux (organismes multicellulaires), ne sont pas des objets brevetables.

Les juges tant majoritaires que minoritaires dans l'affaire de la *souris de Harvard*, précitée, ont noté dans une remarque incidente qu'un ovule de souris fécondé (un embryon de souris unicellulaire), modifié génétiquement,

---

390 *Ibid.*
391 *Ibid.*, p.181 et 202.
392 *Code civil* de la Louisiane, § 26 (1988).
393 Patrick Rucker, "Judge says lost embryo a human, ruling clears way for couple's suit" *Chicago Tribune* (6 février 2005).
394 *Ibid.*
395 *Ibid.*
396 *Ibid.*
397 *Patents Act 1997*, ch. 37, modifiée par la *Patents Act 2004*, ch. 16.
398 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, Royaume-Uni, ch.37.
399 Boult Wade Tennant, European Patent and Trade Mark Attorneys, *Patenting Stem Cells in Europe* — bulletin (août 2004) p. 1, Internet : http://www.boult.com/information/BulletinPrint.cfm. Consulté en mars 2005.
400 *Ibid.*, p.1.

serait sans doute un objet brevetable[401]. S'il était saisi d'une demande de brevet portant sur un embryon humain in vitro unicellulaire ou pronucléaire[402], le commissaire pourrait juger que le nœud de la question est de déterminer si un organisme unicellulaire peut être considéré comme une « forme de vie supérieure » au sens de la *Loi sur les brevets*.

Les juges dissidents dans l'affaire de la *souris de Harvard*, et dans une certaine mesure les juges majoritaires dans l'affaire *Monsanto*[403], ont noté que les questions de brevetabilité, de contrefaçon et jusqu'à un certain point de portée doivent être réglées en appliquant les règles établies en droit des brevets, et non les règles de l'éthique ou de la moralité, qui sont des questions qu'il convient de laisser au soin du législateur. Même si en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les brevets*, le commissaire doit rejeter une demande de brevet s'il estime qu'elle n'est pas fondée en droit, le droit canadien n'interdit pas le brevetage d'un embryon humain in vitro.

Les juges majoritaires dans l'affaire de la *souris de Harvard* ont aussi indiqué dans leur opinion incidente qu'ils ne voyaient aucune raison de modifier la distinction établie par le Bureau des brevets entre les formes de vie inférieures et supérieures aux fins de déterminer la brevetabilité[404]. Le juge Bastarache a déclaré :

> [...] je ne vois aucune raison de modifier la ligne de démarcation tracée par le Bureau des brevets. Bien qu'elle ne soit pas explicite dans la Loi, la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est néanmoins justifiable en raison des différences qui, d'après le bon sens, existent entre les deux[405].

Aujourd'hui au Canada, la ligne de démarcation au chapitre de la brevetabilité a donc été tirée entre les formes de vie inférieures et les formes de vie supérieures. La question de la brevetabilité de certains matériels biologiques humains dépendra en partie de la décision du commissaire quant à la forme de vie, inférieure ou supérieure, à laquelle ils appartiennent. Par exemple, un embryon humain in vitro pronucléaire pourrait être considéré comme une forme de vie inférieure, et donc brevetable, puisqu'il s'agit d'un organisme unicellulaire. À l'opposé, le commissaire des brevets pourrait juger qu'un tel embryon appartient à une forme de vie supérieure et qu'il n'est donc pas brevetable. Une telle décision pourrait par contre avoir des conséquences imprévues, notamment pour l'utilisation d'embryons humains à des fins de recherche, ou encore sur le droit des femmes à interrompre leur grossesse.

La *Loi sur la procréation assistée* (LPA) s'applique aux spermatozoïdes, aux ovules et aux ovules fécondés (y compris les embryons unicellulaires ou pronucléaires) produits à des fins de reproduction. La LPA s'applique aussi aux embryons multicellulaires ou pronucléaires in vitro surnuméraires donnés et utilisés à des fins de recherche. La loi ne traite cependant pas de questions relatives à la brevetabilité, qui débordent de son cadre législatif. Le but premier de la Loi est de protéger la santé et le bien-être des femmes qui ont recours aux techniques de procréation assistée et celle des enfants issus de ces techniques.

Jurisprudence

Il n'existe pas de jurisprudence portant directement sur ce point. Dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*[406], cependant, la Cour suprême a statué que le fœtus n'est pas un « être humain » au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*. Elle ne s'est pas prononcée en ce qui a trait à la *Charte* canadienne. Dans l'affaire *Morgentaler*, précitée, la juge Wilson, rédigeant l'une des opinions au nom de la majorité mais s'exprimant en son nom, a noté que le moment où l'intérêt qu'a l'État de protéger le fœtus deviendrait « supérieur », ne surviendrait que quelque part au cours du second trimestre de la grossesse. Avant

---

401 *Souris de Harvard, supra*, note 265.

402 Le terme « embryon pronucléaire » est utilisé pour désigner l'embryon humain unicellulaire in vitro. Voir Damario M.A. et Hammitt D.G. et al. "Embryo cryopreservation at the pronuclear stage and efficient embryo use optimizes the chance for a liveborn infant from a single oocyte retrieval" Fertil. Steril. 2000 Apr; 73(4): 767-74.

403 Les juges majoritaires dans l'affaire *Monsanto* étaient essentiellement les mêmes (la juge en chef McLachlin, et les juges Major et Binnie) qui ont rédigé l'opinion dissidente dans l'affaire de *la souris de Harvard*. Dans cette affaire, les juges dissidents refusaient de décider de la brevetabilité selon que le matériel biologique était considéré comme une forme de vie supérieure ou une forme de vie inférieure. Même si la question en litige dans *Monsanto* était la contrefaçon de brevet et non la brevetabilité, la majorité a fondé sa décision sur des principes en matière de brevet.

404 *Souris de Harvard , supra*, note 265, par. 199.

405 *Ibid.*

406 *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 S.C.R. 530.

ce stade de développement du fœtus, le droit à la liberté de la femme garanti par la *Charte* lui confère le plein droit de décider d'interrompre ou non sa grossesse[407].

6.6.4 Analyse

L'analyse et la discussion portent sur la situation hypothétique suivante :

> Des chercheurs d'une grande université canadienne ont inventé un procédé leur permettant d'insérer le gène d'un type de cancer de l'intestin dans un embryon humain pronucléaire créé in vitro et de suspendre chimiquement sa croissance et son développement futur. L'embryon peut servir à des fins de recherche pour tester des médicaments susceptibles de guérir le cancer de l'intestin. Les travaux de recherche ont été autorisés par l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée créée en vertu de la *Loi sur la procréation assistée*.
>
> Les chercheurs ont présenté une demande au commissaire des brevets en vue de faire breveter le procédé ainsi que l'embryon pronucléaire in vitro génétiquement modifié. Un tel brevet soulèverait-il des questions touchant les droits de la personne?

Dans cette situation hypothétique, l'embryon humain n'est utilisé qu'à des fins de recherche. En vertu de la LPA, toute autre utilisation à des fins de reproduction seraient interdites. Le texte de la *Charte* emploie généralement les mots « chacun » ou « toute personne » pour désigner les titulaires de droits. Les tribunaux ont jugé que ces mots s'appliquent aux êtres humains et aux sociétés (personnes morales), selon le droit dont il est question. En common law, un embryon in vitro n'est pas considéré comme une personne (un être humain) ayant des droits légaux, tant qu'il n'est pas né et vivant.

« Fœtus » est le terme utilisé pour désigner l'embryon après huit semaines de développement dans l'utérus de la femme. Si le fœtus n'est pas une personne jouissant de droits juridiques et si l'État n'a pas d'intérêt supérieur à son égard, il est peu probable que les tribunaux jugent qu'un embryon pronucléaire in vitro est une personne juridique ayant des droits.

On pourrait par ailleurs faire valoir que si l'embryon existe à l'extérieur du corps de la femme, il n'est pas nécessaire d'assurer un équilibre entre les droits de la femme et les droits de l'embryon. Par exemple, le *Code civil* de la Louisiane reconnaît des droits légaux à l'embryon in vitro, jusqu'à ce qu'il soit inséré dans l'utérus de la femme. C'est à ce moment que les droits de l'un et de l'autre pourraient entrer en conflit, et c'est pourquoi l'embryon perd ses droits.

Si des droits et un statut juridiques devaient un jour être conférés à l'embryon humain pronucléairein vitro par le législateur ou la common law, le brevetage d'un tel embryon pourrait mettre en cause des droits de la personne, comme le droit à la liberté et à la sécurité. Cela pourrait aussi soulever des questions relatives à la propriété et à l'esclavage qui font spécifiquement l'objet du PIRDCP.

Les juges dissidents dans l'affaire de la *souris de Harvard* étaient d'avis qu'en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les brevets*, le commissaire des brevets pouvait refuser d'accorder un brevet sur un être humain en s'appuyant sur la *Charte*. Mais en droit à l'heure actuelle, l'embryon humain n'est pas une personne humaine jouissant de droits légaux et ne serait donc pas protégé par la *Charte*. Si un embryon pronucléaire in vitro génétiquement modifié correspondait à la définition du mot invention au sens de la *Loi sur les brevets* (fabrication ou composition de matières) et satisfaisait aux critères de la brevetabilité (nouveau, utile et non évident), le commissaire ne pourrait sans doute pas s'appuyer sur la *Charte* , ni sur aucune autre loi canadienne actuellement en vigueur, pour refuser une demande de brevet en invoquant l'article 40 de la Loi.

Il pourrait qualifier l'embryon de forme de vie supérieure et donc le déclarer non brevetable. Une telle décision pourrait cependant avoir d'importantes conséquences imprévues. Elle pourrait avoir une incidence sur les droits à l'autonomie des femmes en matière de reproduction, ainsi que sur la recherche sur les embryons humains in vitro surnuméraires.

---

[407] *Morgentaler, supra*, note 359, p. 183.

6.7 Conclusion

On pourrait dire que les juges dissidents dans l'affaire de la *souris de Harvard* avaient raison dans leur interprétation du régime législatif établi par la *Loi sur les brevets* en ce qui a trait aux questions de brevetabilité. Nulle part dans la Loi trouve-t-on une référence ou une disposition permettant de faire une distinction entre des formes de vie inférieures et des formes de vie supérieures à des fins de brevetabilité. La Loi, prise dans son ensemble, confirme avec éloquence l'argument selon lequel la brevetabilité d'une invention doit être décidée à partir des définitions et des critères établis dans la législation. Cela signifie qu'en vertu de la *Loi sur les brevets*, les considérations éthiques ou morales quant à la brevetabilité de certain matériel animal ou humain ne sont pas pertinentes. Si le législateur est préoccupé par ce que le commissaire des brevets brevète en vertu de la Loi, il a le pouvoir d'apporter les changements nécessaires à la Loi.

Les tribunaux ont clairement dit qu'ils étaient mal placés pour aborder ces questions, qui doivent être examinées par des personnes qui représentent la population et qui doivent lui rendre des comptes. Des appels ont été lancés ces dernières années pour que le Parlement modifie la Loi afin de clarifier la brevetabilité de certains matériels biologiques au Canada, comme les embryons humains in vitro. Le CCCB a présenté deux rapports au Parlement proposant un certain nombre de modifications à la Loi, mais jusqu'ici, aucune suite ne leur a été donnée.

Étant donnée l'apparente absence de volonté politique nécessaire pour s'attaquer à ces questions difficiles et l'élargissement éventuel des critères de brevetabilité, il se pourrait bien que des droits de propriété finissent pas être accordés sur des matières humaines excisées qui diffèrent très peu des mêmes matières que l'on retrouve dans le corps humain. Le refus de reconnaître à une personne un droit de propriété à l'égard de ses propres matières corporelles excisées peut ne plus être justifiable lorsque les sociétés de biotechnologie peuvent se voir reconnaître de tels droits avec un minimum d'effort inventif.

Les effets sur la dignité humaine sont difficiles à prévoir. Certains diraient que la possibilité de vendre leurs matières corporelles excisées et d'en tirer profit aurait pour effet de renforcer le sentiment subjectif d'estime et de respect de soi. D'autres craindraient que la commercialisation et la réification du corps humain, siège de l'âme et de la personnalité, auraient pour conséquence de dévaloriser la vie et de diminuer la dignité humaine. Même si le droit à la dignité humaine n'est pas en soi un droit de la personne ou un droit reconnu par la Constitution, il s'agit d'une valeur sous-jacente à la plupart des droits fondamentaux reconnus à l'échelle internationale et qui, au pays, sont garantis par la *Charte*.

Les droits de propriété intellectuelle, sous la forme de brevets, visent à conférer à l'inventeur un monopole sur son invention afin qu'il puisse en tirer profit. Le brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher les autres d'exploiter, de vendre ou de fabriquer l'invention brevetée. En retour, celui-ci doit divulguer l'information pertinente concernant son invention afin de faire avancer les connaissances au sein de la société. Cet échange de bons procédés fonctionne bien lorsque l'invention est faite de matériel inanimé, comme du métal ou du plastique. On peut dire toutefois que lorsque les mêmes droits conférés par un brevet s'appliquent à des procédés ayant recours à du matériel biologique humain ou à des thérapies génétiques, il peut être exagéré et contraire à l'intérêt public d'interdire à quiconque d'exploiter, de vendre ou de fabriquer l'invention brevetée.

Nous avons vu dans ce chapitre que pour que les droits de la personne soient mis en cause en vertu de la *Charte*, il faut une action de l'État. Il est improbable que la délivrance d'un brevet par l'État fasse intervenir l'un ou l'autre des droits de la personne puisqu'elle ne confère au titulaire de brevet que le droit d'empêcher les autres d'exploiter, de fabriquer ou de vendre l'invention brevetée. Dans le cas de matériel biologique humain breveté, il faudrait la présence de tout un ensemble de facteurs avant que l'on puisse dire que des droits fondamentaux de la personne sont en jeu.

Les scénarios hypothétiques ont été élaborés dans le but de présenter différents enjeux ayant trait aux droits de la personne. La probabilité qu'ils se concrétisent un jour est impossible à prévoir. Il est possible de conclure que le brevetage du matériel biologique humain soulève de graves préoccupations éthiques et morales, mais comme la *Charte* ne s'applique qu'à l'action gouvernementale, il faut que le titulaire de brevet fasse valoir ses droits en vertu de la *Loi sur les brevets* pour que la *Charte* soit en cause. Il est certain que le recours à la *Charte* pour traiter des questions morales et éthiques qui continueront d'être soulevées par le brevetage du matériel biologique humain pose problème. Il est temps que le législateur modifie la *Loi sur les brevets* pour exclure certaines matières biologiques humaines que la société considère comme non brevetables.

Gouvernement du Canada | Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Chapitre 7

Biotechnologie, droits et savoirs traditionnels

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Table des matières

7.1 Introduction 7–1

7.2 Aperçu : Biotechnologie et savoirs traditionnels 7–2

7.3 Savoirs traditionnels et biotechnologie : considérations relatives à la politique publique 7–6

7.4 Droits et savoirs traditionnels 7–9

7.4.1 L'établissement d'un droit sur les savoirs traditionnels 7–10
7.4.2 Scène internationale 7–12
7.4.3 La situation au Canada 7–30

7.5 Outils pour « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels 7–44

7.6 Conclusion 7–47

Chapitre 7

Biotechnologie, droits et savoirs traditionnels

Stefan Matiation

7.1 Introduction

Du point de vue des droits, deux grands aspects liés à l'impact de la biotechnologie sur les intérêts des Autochtones peuvent être examinés. Le premier concerne la protection et l'utilisation des connaissances, des innovations et des pratiques traditionnelles des Autochtones. Le deuxième a trait aux craintes, basées sur des exemples historiques et contemporains de mauvais traitements, que les peuples indigènes puissent être victimes de discrimination dans la conduite des recherches en biotechnologie sur des sujets humains[1]. Ces deux aspects sont liés au niveau fondamental à la question suivante : quel est le juste équilibre à trouver entre l'intérêt de reconnaître et de respecter l'intégrité culturelle, politique, économique et sociale des Autochtones et celui d'encourager les activités de recherche et les percées scientifiques dans le domaine de la biotechnologie qui sont susceptibles d'apporter des bienfaits à la société dans son ensemble? Le présent chapitre porte exclusivement sur ce premier aspect, à savoir la protection et l'utilisation des savoirs traditionnels autochtones. Nous ne fournissons pas de réponse à cette question, mais l'hypothèse avancée pourrait servir de point de départ à une réponse : l'analyse fondée sur les droits peut aider les gouvernements à trouver un juste équilibre dans l'élaboration de lois et de politiques pertinentes.

Le présent chapitre donne un aperçu de la question de la biotechnologie, des droits et des peuples autochtones et met l'accent sur les deux premiers sujets — c'est-à-dire les droits d'utiliser les connaissances, les innovations et les pratiques autochtones pour l'application en biotechnologie de ressources biologiques non humaines. La notion de « droits » utilisée ici inclut les droits de la personne dont jouissent tous les êtres humains, de même que les droits des Autochtones, ou, selon la terminologie canadienne, les

[1] Les ressources génétiques humaines présentent un intérêt pour la recherche en biotechnologie. On croit que l'étude du génome humain apportera d'importants bienfaits pour la santé qui enrichiront la vie de tous les humains. Les recherches sur les sujets humains, ou sur le matériel génétique de sujets humains, notamment à un niveau qui pourrait entraîner l'altération du matériel génétique d'individus, de groupes et de l'espèce humaine, soulèvent toutefois une pléiade de questions épineuses sur les plans juridique et éthique. Les peuples autochtones se sont dits très inquiets du risque d'être victimes de discrimination au cours
ou par suite de telles recherches, notamment peut-être lors de la détermination de l'appartenance à une communauté autochtone particulière. Comme elles représentent souvent un pool génétique relativement homogène, les communautés autochtones sont considérées comme un bon objet de recherche en génétique humaine. Le Projet sur la diversité du génome humain (HGDP), projet international qui prévoit la collecte et la comparaison de matériel génétique de divers groupes ethniques dans le monde, y compris notamment des peuples autochtones, a soulevé des craintes au sein des ONG, dont certaines représentent des Autochtones. Les pressions exercées par la population ont grandement retardé le projet. En effet, jusqu'à présent, aucune collecte de données génétiques humaines n'a été entreprise par le HGDP, sauf par ses comités régionaux en Chine et en Asie du Sud-Ouest, qui ont prélevé certains échantillons dans leurs régions (communication personnelle avec Henry Greely, Morrison Institute, Stanford University, HGDP North American Regional Committee, 24 novembre 2003). Les coordonnateurs du HGDP préconisent maintenant que tout échantillonnage soit effectué uniquement en conformité avec des lignes directrices en matière d'éthique qui tiennent compte des préoccupations des communautés locales et autochtones. Les lignes directrices qui ont été élaborées à cette fin sont affichées sur le site http://www.stanford.edu/group/morrinst/hgdp/protocol.html, consulté la dernière fois le 18 mars 2004. D'autres documents traitent de cette question, notamment Steve Olson, « The Genetic Archaeology of Race », *The Atlantic Monthly*, avril 2001, http://www.theatlantic.com, consulté la dernière fois le 24 novembre 2003; Henry Greely, « What About the Other Human Genome Project? The Perils and the Prospects of the Human Genome Diversity Project », en dossier; la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO, adoptée unanimement par la Conférence générale de l'UNESCO, le 16 octobre 2003; la *Déclaration des peuples autochtones de l'hémisphère occidental concernant le Projet sur la diversité du génome humain*, affichée à l'adresse http://www.indians.org/welker/genome.htm, consultée la dernière fois le 21 octobre 2003; M. Foster, « The Human Genome Diversity Project and the Patenting of Life: Indigenous Peoples Cry Out », (1999) 7 *Canterbury Law Review*, 343; Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *La recherche sur la diversité du génome humain et les populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1998/4.

droits qui sont détenus par des Autochtones et des personnes en vertu de leur statut d'Autochtone[2]. En raison de la nature des connaissances, des innovations et des pratiques autochtones, nous nous attarderons principalement sur les droits des Autochtones[3]. Pour cette raison, le présent chapitre diffère passablement des autres chapitres de ce recueil.

Comme il en sera question à la section 7.3, la revendication de droits centrale qui est en jeu peut être formulée pour les besoins de la présente discussion de la façon suivante : *les peuples indigènes ont un droit de propriété et de contrôle d'accès et de contrôle d'utilisation sur les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles*. Cette affirmation peut englober les connaissances, les innovations et les pratiques qui ne sont connues que d'une communauté autochtone de même que celles qui relèvent déjà du domaine public[4], aspect beaucoup plus épineux. La question sous-jacente examinée est la suivante : les peuples autochtones ont-ils ce droit dans le droit international ou canadien? La reconnaissance d'un tel droit aurait des répercussions sur l'élaboration de politiques et de lois en matière de biotechnologie.

Il convient de noter d'entrée de jeu que la question de l'existence d'un droit de contrôler les savoirs traditionnels reste spéculative — il n'existe guère de droit directement applicable en la matière qui pourrait être utilisé pour trouver une réponse. De fait, il est même difficile de prédire, par exemple, si une revendication relative aux savoirs traditionnels pourrait faire l'objet d'un litige devant un tribunal national. La question des savoirs traditionnels est toutefois un point émergent dans le domaine des droits des Autochtones. Sans doute, les progrès à l'échelle internationale et nationale dans ce domaine continueront à prendre de l'importance pour le Canada dans les années qui viennent. Ainsi, un examen des droits associés aux savoirs traditionnels dans le domaine de la biotechnologie, bien que préliminaire, est utile.

Le chapitre débute par un aperçu de ce qu'on entend par « savoirs traditionnels » et des considérations pertinentes en matière de politique publique. Suit une section portant sur l'existence ou non d'un fondement en droit pour affirmer que les peuples autochtones ont un droit de propriété et de contrôle sur leurs connaissances, innovations et pratiques. Le droit international et le droit interne canadien sont examinés dans cette optique. Enfin, nous examinons les stratégies possibles qui pourraient être utilisées pour défendre les intérêts des Autochtones en ce qui a trait à leurs connaissances, innovations et pratiques, tout en tenant compte des lacunes possibles dans les stratégies existantes.

7.2 Aperçu : Biotechnologie et savoirs traditionnels

La relation entre la biotechnologie et les connaissances, innovations et pratiques autochtones peut être illustrée par l'exemple suivant.

Les San, aussi appelés Bochimans, groupe autochtone qui vit dans certaines parties de l'Afrique du Sud, ont récolté et utilisé la sève de la plante *Hoodia gordonia* pendant des siècles comme agent anorexigène (pour diminuer l'appétit) et comme source d'énergie. En 2001, les San se sont rendus compte que le Council for Scientific and Industrial Research (CSIR) d'Afrique du Sud avait identifié le principe actif de *Hoodia*, qu'il a utilisé pour obtenir un brevet. Le brevet du CSIR a été plus tard acheté par Pfizer aux É.-U. comme point de départ pour la mise au point d'un médicament anorexigène. Bien qu'ils n'aient reçu au départ aucun avantage de l'application scientifique de l'information concernant *Hoodia* et n'aient pas été consultés à l'origine par le CSIR, les San ont fini par convaincre l'organisation d'entamer des négociations en vue de partager les bénéfices. Le CSIR a

2 Conformément à la pratique internationale, le terme « Autochtone » est utilisé dans ce chapitre lorsqu'on désigne les peuples autochtones ou les membres de communautés autochtones dans des discussions portant sur le contexte international. Il n'existe aucune définition communément acceptée de « peuples autochtones » en droit international. Toutefois, pour les besoins du présent chapitre, qu'il suffise de dire que le terme inclut les Autochtones du Canada, terme que nous utiliserons ici en référence au contexte canadien. Conformément au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les peuples autochtones du Canada incluent les « Indiens, Inuits et Métis du Canada ».

3 On ne s'entend pas sur la façon dont le concept des droits des Autochtones est lié au concept des droits de la personne. Le présent chapitre ne tente pas de répondre à la question. Le terme « droits de la personne » est plutôt utilisé pour décrire les droits que tous possèdent (bien que certains puissent être propres à des minorités, aux femmes, aux enfants, etc.) et les « droits des Autochtones » servent à désigner les droits que seuls possèdent ou posséderaient les peuples autochtones. Le terme « droits des Autochtones » est plus spécifique. Le droit interne du Canada décrit ces droits, qui sont abordés à la partie 3 ci-dessous sur les savoirs traditionnels à l'échelle nationale.

4 Bien qu'il soit surtout utilisé dans le contexte des droits d'auteur, le concept de domaine public employé dans le présent document englobe également les choses qui ne sont pas brevetables dès le départ ou qui ne le sont plus.

reconnu qu'il utilisait le savoir traditionnel des San comme fondement de ses recherches sur la plante *Hoodia*, et en 2003, a accepté de conclure un accord prévoyant que les San recevront des versements de 8 à 10 millions de rands sur quatre ans, en plus de 6 p. 100 des redevances payées au CSIR par Pfizer, si un produit commercialisable était mis au point grâce au brevet[5].

Les San étaient représentés par le South African San Council dans leurs négociations avec le CSIR. Cette organisation, de concert avec le Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa, qui représente des groupes autochtones d'Afrique du Sud, du Botswana, de la Namibie et de l'Angola, tente de protéger l'héritage des San en combinant des projets d'éducation et de renforcement des capacités, des activités de défense des droits de la personne et de formation et des services juridiques concernant les droits aux terres traditionnelles[6]. Le Council a fait valoir des arguments basés sur les droits pour convaincre le CSIR de discuter du partage des bénéfices avec les San.

Comme le montre le cas de la plante *Hoodia*, les ressources biologiques qui semblent prometteuses pour la recherche en biotechnologie de même que l'information sur leurs applications potentielles sont souvent « découvertes » lorsqu'on étudie les connaissances, innovations et pratiques des Autochtones. Les groupes autochtones, les sociétés de biotechnologie et les chercheurs, ainsi que les États qui comptent de grandes industries biotechnologiques ou ont un important potentiel de recherche, s'intéressent tous aux ressources biologiques et à l'information concernant leurs applications[7]. Cet intérêt soulève des craintes tout en laissant entrevoir certaines possibilités pour ces communautés. La capacité des groupes autochtones d'exploiter ces possibilités peut être liée à la reconnaissance et au respect des droits des Autochtones.

La « biotechnologie » est définie dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* dans les termes suivants :

> [...] l'application des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation des organismes vivants ou de leurs parties ou produits, sous leur forme naturelle ou modifiée[8].

... et, comme exemple international, citons la définition dans la *Convention sur la diversité biologique* (CDB), qu'a signée le Canada :

> Toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, utilisée pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique[9].

La biotechnologie classique – soit l'altération de la fréquence des gènes sur des générations successives en croisant différentes espèces ou variétés par hybridation – s'appuie sur le travail de pionnier effectué par Gregor Mendel au XIX^{e} siècle sur la science de l'hérédité. La biotechnologie moderne s'est développée dans la dernière partie du XX^{e} siècle. Elle fait appel à des techniques qui fonctionnent à l'échelle cellulaire ou moléculaire pour modifier le code génétique de micro-organismes. Ces techniques permettent aux scientifiques d'échanger l'information génétique d'un micro-organisme, d'une plante et d'un animal (y compris d'un humain) à l'autre[10].

Les secteurs agricole, pharmaceutique et environnemental de l'industrie de la biotechnologie espèrent découvrir et modifier les ressources biologiques présentes dans les plantes, les animaux et les micro-organismes pour mettre au point de nouveaux produits, médicaments, procédés et applications. Bon nombre des innovations obtenues seront

---

5 « Traditional Knowledge of the San of Southern Africa: *Hoodia gordonii* », exposé préparé par Victoria Geingos et Mathambo Ngakaeaja, Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa for the Second South-South Biopiracy Summit, 22-23 août 2002, Johannesburg, Afrique du Sud [source].

6 Voir les sites Web du Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa et du South African San Council, http://www.wimsareg.org et http://www.san.org.za, respectivement, consultés la dernière fois le 24 mars 2004.

7 La convergence d'intérêts des gouvernements, des entreprises et des Autochtones pour les ressources biologiques n'est pas tellement différente de la convergence similaire d'intérêts pour d'autres ressources naturelles comme les minéraux, les forêts et les ressources pétrolières et gazières. Des efforts ont été déployés en vue de régler les conflits inhérents à cette convergence d'intérêts pour ces dernières ressources naturelles en identifiant les droits et les intérêts concurrents qui sont en jeu ainsi que les solutions possibles qui peuvent être mutuellement bénéfiques. Ces efforts pourraient donc aider à trouver une solution aux conflits entourant ces ressources biologiques.

8 *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, ch. 33, par. 3(1).

9 *Convention sur la diversité biologique*, affiché à http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 15 mars 2004, article 2.

10 Ce paragraphe est tiré de *Biotechnology: A reference tool for DOJ practitioners*, 2003, pp. 4-5.

protégées par le régime des droits de propriété intellectuelle. Les chercheurs, qui sont nombreux à travailler pour un institut financé par l'État, s'intéressent particulièrement aux ressources biologiques qui existent dans des régions jouissant d'une grande biodiversité, telles que le bassin de l'Amazone, de même qu'aux ressources présentes dans les environnements hostiles ou uniques, notamment certaines régions du Canada. Bon nombre des régions et des environnements qui attirent l'attention des chercheurs sont habitées depuis des millénaires par des peuples autochtones, qui ont depuis longtemps mis au point des techniques entrant dans la définition de la biotechnologie donnée ci-haut — l'observation, la modification et l'application d organismes vivants à diverses fins telles que la production d'aliments, de médicaments et la gestion de l'environnement[11].

Qu'entend-on par savoirs traditionnels?

Grâce au rapport intime qu'elles entretiennent avec le monde naturel qui les entoure et une longue pratique transmise de génération en génération, les communautés indigènes dans toutes les régions du monde possèdent des connaissances, innovations et pratiques qui ont des applications traditionnelles et contemporaines. Le terme « connaissances traditionnelles » ou « savoirs traditionnels » est utilisé dans le présent chapitre comme une façon concise de décrire un large ensemble de connaissances, d'innovations et de pratiques qui plongent leurs racines dans le passé mais qui évoluent sans cesse[12].

Le présent chapitre porte sur les savoirs traditionnels qui ont le plus de rapport avec la biotechnologie, telles que celles utilisées pour repérer ou identifier les ressources biologiques qui pourraient permettre d'obtenir des brevets lucratifs et, surtout, celles servant à déterminer les utilisations possibles de ces ressources, comme dans l'exemple de la plante *Hoodia* décrite ci-dessus. Il importe toutefois de rappeler l'ensemble de la réalité à laquelle renvoie ce terme. Les savoirs traditionnels englobent divers aspects qui dépassent le cadre de la biotechnologie. Pour les peuples autochtones, les questions relatives aux savoirs traditionnels ne se limitent pas aux connaissances — elles concernent la culture, les pratiques et les droits coutumiers, l'organisation sociale, les rapports avec les terres et les ressources et l'autodétermination collective[13].

Il n'existe pas de définition communément acceptée à l'échelle internationale ou nationale du terme « savoirs traditionnels ». Ce dernier a plutôt été appliqué de façon variable selon les nombreux contextes différents et cadres politiques diffus dans lesquels il est utilisé. Le Secrétariat de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) désigne par ce terme « des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et des symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur les traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique[14] ». Selon le Secrétariat, l'expression « fondées sur les traditions » concerne :

> [...] les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution[15].

L'application dans ce chapitre du terme « traditionnelles » aux connaissances, innovations et pratiques autochtones ne veut pas dire que les connaissances autochtones sont figées à une époque primitive avant tout contact avec des sociétés non autochtones[16]. Le passage qui suit montre bien le caractère évolutif des savoirs traditionnels.

---

11 Dans un petit ouvrage montrant comment l'Amérique du Sud a perdu son hégémonie économique au profit de l'Amérique du Nord, Felipe Fernandez-Armesto discute brièvement de l'histoire de la production et du commerce du maïs chez les groupes autochtones, notamment l'application des techniques de sélection des plantes pour mettre au point de nouvelles variétés adaptées aux conditions locales. *History of the Americas*, 2003.

12 Le terme « savoirs traditionnels » n'est pas nécessairement celui que préfèrent les peuples autochtones pour décrire l'ensemble de la réalité à laquelle il est censé référer. Sakej Henderson a traité de l'importance de préserver les langues et les visions du monde des Autochtones et du risque d'assimilation de la pensée autochtone dans les traditions linguistiques anglaise, française ou espagnole. Voir « Governing the Implicate Order: Self-Government and the Linguistic Development of Aboriginal Communities », 1993, copie en dossier.

13 Le droit à l'autodétermination est abordé plus en détail ci-dessous.

14 WIPO/GRTKF/IC/3/9, p. 11, affiché sur le site Web de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à l'adresse http://www.wipo.org, consulté la dernière fois le 15 mars 2004.

15 *Ibid.*

16 John Borrows a critiqué cette idée. Voir, par exemple, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, 2002, en particulier le chapitre 3.

[TRADUCTION]

> Je tenterai ici de me faire l'avocat du savoir autochtone. Le terme bien connu « savoirs traditionnels » implique un corpus de données relativement anciennes qui ont été transmises pratiquement inchangées de génération en génération. S'appuyant sur cette hypothèse, les recherches en Occident ont principalement eu une visée taxonomique : l'identification des plantes et des animaux utilisés par les peuples autochtones, la consignation de leurs noms locaux et le répertoire des usages signalés. Les connaissances locales relatives aux propriétés pharmacologiques et physiques utiles de l'espèce indigène auraient été colligées, présume-t-on, il y a longtemps [...] [et] on peut les obtenir en consultant un informateur local compétent. À l'intérieur d'une communauté, cependant, les connaissances varient grandement d'une personne à l'autre. On observe des différences non seulement entre les personnes ordinaires et les experts, tels que les guérisseurs expérimentés, les chasseurs ou cérémonialistes, mais également de grandes divergences sur le plan de l'expérience et de l'opinion professionnelle entre les experts, ce à quoi il faut s'attendre dans tout système de connaissances dynamique et vivant qui réagit constamment à l'apparition de nouveaux phénomènes et de nouvelles trouvailles[17].

Le fait de décrire les savoirs traditionnels comme une catégorie de connaissances, si large soit-elle, ne rend pas bien compte de l'importance du rôle que jouent les savoirs traditionnels dans les communautés autochtones. Les savoirs traditionnels sont souvent décrites dans le contexte des droits : [TRADUCTION] « droits aux terres, au territoire et aux ressources; droits à une divulgation pleine et entière et à un consentement éclairé préalable; droits à l'intégrité culturelle et aux pratiques coutumières; et droits à un partage équitable des bénéfices et au contrôle de l'accès aux ressources traditionnelles »[18].

Les savoirs traditionnels sont considérés comme étant intimement liés au territoire et à la culture. Russell Barsh soutient qu'il ne s'agit pas d'un lien à la [TRADUCTION] « terre en général, mais à des paysages, à des reliefs et à des biomes particuliers où des cérémonies sont célébrées en bonne et due forme, les histoires racontées comme il se doit, les médicaments récoltés correctement et les transferts de connaissances dûment authentifiés[19] ». Dans le domaine culturel, les savoirs traditionnels ne peuvent pas facilement être distinguées des langues dans lesquelles elles s'expriment, ni de la vision du monde de la communauté qui les utilise. En effet, Barsh indique que le plus grand danger qui menace les savoirs traditionnels provient des communautés autochtones elles-mêmes qui, selon lui, devraient conserver soigneusement leurs langues traditionnelles et leurs pratiques culturelles afin de préserver leur savoir traditionnel et créer de nouvelles innovations et applications à partir de ces connaissances[20].

Enfin, il ne faut pas isoler les savoirs traditionnels des processus d'apprentissage et de développement des connaissances qu'on retrouve dans la communauté non autochtone. Voici à cet égard ce que pense John Borrows :

> [TRADUCTION]
>
> Il y a quelque chose de valable de nos jours dans les traditions autochtones qui considèrent que tous les éléments constituants du territoire sont interreliés. Bien que je considère ces connaissances comme imparfaites et incomplètes, elles sont également empreintes de sagesse et d'une grande perspicacité. On peut retirer bien des avantages de l'application de ces connaissances à l'intérieur des communautés autochtones et du Canada dans son ensemble. Nos perceptions intellectuelles, affectives, sociales, physiques et spirituelles peuvent être simultanément comparées, distinguées, rejetées, soutenues et mélangées avec celles d'autres communautés[21].

---

17 R. Barsh, « Defending Indigenous Science from Biopiracy: A Choice-of-Laws Approach », p. 3. Inédit. Copie en dossier.

18 G. Dutfield et G. Posey, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous and Local Communities*, 1996, pp. 211-212.

19 Barsh, *supra*, note 17, p. 5. Voir également L. Whitt, M. Roberts, W. Norman et V. Grieves, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », (2001) 26 Okla. City U.L. Rev., 701.

20 Barsh, *supra*, note 17, p. 25. Voir également Sakej Henderson, *supra*, note 12; et M. Battiste, *Maintaining Aboriginal Identity, Languages and Culture in Modern Society*, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993.

21 Borrows, *supra*, note 16, les deux citations à la p. 147.

7.3 Savoirs traditionnels et biotechnologie : considérations relatives à la politique publique

L'accès aux savoirs traditionnels revêt de l'importance pour la société dans son ensemble car c'est souvent le point de départ de produits qui ont des applications bénéfiques d'envergure. Les savoirs traditionnels ont joué un rôle essentiel dans la mise au point d'applications agricoles, industrielles et pharmaceutiques importantes. La société s'intéresse grandement à promouvoir la recherche sur des médicaments qui peuvent sauver des vies, par exemple, en fournissant un cadre réglementaire qui favorise l'affectation de ressources suffisantes de façon à ne ménager aucun effort en vue de découvrir des organismes et des applications qui pourraient donner des fruits intéressants.

Les régimes juridiques actuellement en vigueur à l'échelle internationale et au Canada ont tendance à favoriser l'innovation dans la recherche biotechnologique en récompensant les créateurs et les inventeurs qui partagent leurs créations et applications nouvelles. [TRADUCTION] « Suivant la perception actuelle [des systèmes de droits de propriété intellectuelle], il existe des incitatifs sur lesquels on s'entend socialement qui visent à encourager l'innovation de même que la divulgation publique de l'information relative à ces innovations[22] ». En vertu des régimes de propriété intellectuelle, les droits privés de propriété sont accordés pour récompenser l'investissement en recherche et développement par les inventeurs et les créateurs et pour encourager l'information du public concernant des inventions ou des créations. Afin de maintenir un juste équilibre entre cet intérêt et celui de préserver le domaine public nécessaire pour assurer la libre circulation des idées et de l'information à l'usage de tous les inventeurs et créateurs, ce droit privé de propriété qui est accordé a une durée limitée[23].

Bien qu'il n'exclue pas nécessairement la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans les applications ou innovations fondées sur des savoirs traditionnels, le régime de propriété intellectuelle ne s'est pas développé jusqu'à maintenant en tenant compte des savoirs traditionnels ni ne prend ainsi en considération bon nombre des caractéristiques particulières ou des perspectives des peuples autochtones concernant la façon dont ces connaissances devraient être conservées, partagées et respectées. Par exemple, au lieu d'être la propriété d'un créateur ou d'un inventeur unique, les savoirs traditionnels sont considérés comme un actif communautaire que possède et applique une communauté au profit de ses membres, bien que certaines personnes dans une communauté puissent être reconnues comme des experts dans un domaine de connaissance donné ou jouent des rôles particuliers dans la protection ou la diffusion de ces connaissances. Les savoirs traditionnels ne sont pas en outre limités dans le temps. Ils sont plutôt considérés comme étant exclusifs et détenus depuis des temps immémoriaux. Les intérêts des peuples autochtones en ce qui concerne les savoirs traditionnels ne sont donc pas nécessairement bien servis par le régime des droits de propriété intellectuelle[24].

Du point de vue pratique, ce sont ceux qui possèdent les savoirs traditionnels qui les contrôlent. Un individu ou un groupe autochtone qui possède des savoirs traditionnels peut les protéger en décidant de ne pas les partager avec des étrangers, tels que des chercheurs en biotechnologie. Si l'histoire s'arrêtait là, il ne serait pas nécessaire de discuter des droits liés aux savoirs traditionnels, mais la question n'est pas si simple.

---

22 D. Downes, « How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge », (2000) 25 Colum. J. Envtl. L. 253, p. 261.

23 *Ibid.*

24 Selon la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), « Du point de vue juridique, cela signifie que pratiquement toute la culture et les connaissances traditionnelles des autochtones seraient déjà du domaine public et, donc, qu'aucune mesure de protection ne peut être invoquée. Dans les rares cas où la loi actuelle s'appliquerait, la protection serait de courte durée. » (*Rapport de la CRPA*, 1996, volume 3, chapitre 6, section 1.3, p. 679. Affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/index_e.html, consulté la dernière fois le 1er avril 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/index_f.html]). Voir également R. Coombe, « Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty: New Dilemmas of Indigenous Knowledge and the Conservation of Biodiversity », (1998) 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 59, Dutfield and Posey, *supra*, note 18, J. Githaiga, « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge », (1998) 5 *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 1, affiché à http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n2/githaiga52.txt, consulté la dernière fois le 1er octobre 2004; L. Whitt, « Indigenous Peoples, Intellectual Property and the New Imperial Science », (1998) 23 Okla. City U.L. Rev. 211; S. Ragavan, « Protection of Traditional Knowledge », (2001) 2 Minn. Intell. Prop. Rev. 1; D. Gervais, « Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge », (2003) 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 467; et G. Dutfield, « Intellectual Property Rights and Development », *UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development*, 2003, affiché à http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/PP.htm, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

Les savoirs traditionnels des groupes autochtones sont souvent utilisés sans leur consentement — par exemple par des chercheurs s'adonnant à la prospection biologique ou à ce qu'on appelle le « biopiratage » — pour accéder à des ressources génétiques ou biologiques précieuses[25]. L'usage non autorisé des savoirs traditionnels est fréquent en partie à cause de la somme considérable de connaissances autochtones qui ont déjà été colligées et décrites par les anthropologues, les ethnobotanistes et d'autres[26]. De plus, à l'exception peut-être des connaissances sacrées, les communautés autochtones n'ont pas toujours tenté de garder leurs connaissances secrètes et à l'abri des curieux. Comme une partie des savoirs traditionnels sont dans le domaine public, il est difficile de les protéger au moyen des instruments juridiques existants qui ont été créés pour protéger les droits de propriété intellectuelle, comme la législation sur les brevets ou les droits d'auteur[27]. Parallèlement, il est possible qu'un titulaire de brevet dont le brevet s'inspire des savoirs traditionnels puisse être en mesure d'utiliser des mesures de défense en vertu des régimes de protection des brevets pour empêcher les dépositaires autochtones de ces connaissances de les utiliser à des fins commerciales, voire non commerciales. Les peuples autochtones sont ainsi doublement pénalisés : ils peuvent ne pas pouvoir utiliser les droits de propriété intellectuelle à leur avantage et ceux-ci peuvent également être utilisés contre leurs intérêts.

Un autre enjeu a trait aux ressources biologiques qui sont récoltées sur les terres traditionnellement utilisées ou occupées par des Autochtones. Dans bien des cas, cela se fait aisément sans l'approbation ni la participation de la communauté intéressée. Cette question préoccupe les groupes autochtones, qui soutiennent qu'ils devraient recevoir des bénéfices lorsque des ressources génétiques sont recueillies sur leurs terres traditionnelles tout comme les propriétaires fonciers — l'État ou des intérêts privés — qui peuvent recevoir des bénéfices en contrôlant l'accès à certaines terres. Il convient de noter, cependant, que les terres que les peuples autochtones revendiquent parce qu'ils les utilisent ou les occupent depuis toujours couvrent souvent une superficie beaucoup plus grande que ce que les gouvernements sont prêts à reconnaître ou à négocier, souvent parce que ces terres ont été légitimement reprises pour des raisons valides[28].

Non seulement l'usage non autorisé des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques présentes sur les terres traditionnelles des Autochtones implique souvent que ces derniers ne peuvent pas tirer profit de l'utilisation de ces terres, mais aussi la connaissance sacrée ainsi que les plantes, les animaux et d'autres organismes qui sont importants pour les groupes indigènes peuvent être utilisés au détriment des cultures, des économies et des systèmes d'organisation sociale sur lesquels sont fondées leurs communautés. De fait, les inquiétudes en ce qui concerne l'usage abusif des éléments sacrés et l'impact négatif sur la communauté et l'environnement éclipsent souvent les considérations économiques. On fait parfois valoir que, peu importe les considérations économiques, les communautés autochtones devraient pouvoir interdire l'accès à certaines

---

25 [Traduction] « Le biopiratage a été défini comme le processus suivant lequel les droits des cultures indigènes sur les ressources et les connaissances génétiques sont 'éteints et remplacés au profit de ceux qui ont exploité les connaissances et la biodiversité autochtones'. » Dans C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Discussion Paper*, 2001, p. 4. Dans M. DeGeer, « Biopiracy: The Appropriation of Indigenous Peoples' Cultural Knowledge », (2003) 9 New Eng. Int'l & Comp. L. Ann. 179, p. 180, il est défini comme [Traduction] « l'appropriation illégale de la vie — micro-organismes, plantes, animaux (y compris les humains) et connaissance de la culture traditionnelle qui l'accompagne ». Essentiellement, le terme désigne le détournement des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques. La « bio-prospection » désigne la recherche de telles ressources.

26 Abordé dans Downes, *supra*, note 22, Correa, *supra*, note 25 et dans M. DeGeer, *supra*, note 25, entre autres.

27 Il convient de noter en outre qu'une fois qu'un brevet est accordé, le titulaire du brevet peut prendre des mesures de défense pour empêcher l'utilisation par d'autres des connaissances en question. Le titulaire d'un brevet pourrait utiliser des poursuites ou la menace de poursuites pour prévenir toute utilisation ultérieure des connaissances à des fins commerciales ou autres par le groupe indigène qui les possédait à l'origine.

28 Il faut également reconnaître que les revendications territoriales des Autochtones ne sont souvent pas prises en compte par les gouvernements dans bien des pays et que les terres traditionnelles des Autochtones leur ont été prises dans le passé et continuent de l'être pour des motifs illégitimes. Des mesures raisonnables et justes de conciliation des revendications territoriales autochtones et d'autres priorités relatives à l'utilisation des terres constituent un défi à l'échelle internationale. La Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a demandé à Erika Irene Dess d'effectuer des études sur les peuples autochtones et leur rapport avec la terre et sur les peuples autochtones et les ressources naturelles. Dess a produit certains documents sur le sujet : E/CN.4/Sub.2/2001/21, E/CN.4/Sub.2/2002/23 et E/CN.4/Sub.2/2003/20. Jusqu'à présent, ces travaux ont été décevants — s'appuyant de façon sélective sur certains documents tout en ignorant des principes importants relatifs à l'intégrité territoriale et la souveraineté des États sur les ressources naturelles. Ces rapports ne s'inspirent pas sur des mesures politiques et juridiques importantes qui ont été utilisées au Canada pour concilier les intérêts concurrents dans les dossiers relatifs à l'utilisation des terres et à la propriété des terres, qui dans bien des cas pourraient être imitées par d'autres pays.

ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes pour des raisons importantes à leurs yeux[29].

Selon la Chambre de commerce internationale et la Biotechnology Industry Organization, l'industrie de la biotechnologie semble prête à prendre plus au sérieux les préoccupations des peuples autochtones[30]. Les entreprises qui s'adonnent activement à la recherche sur le terrain ne sont pas responsables du règlement des revendications plus vastes faites par les groupes autochtones en ce qui concerne leurs droits à leurs terres traditionnelles, la protection de leur patrimoine naturel et le droit à l'autodétermination — questions qui relèvent toutes entièrement de la compétence des États. Le fait que certaines entreprises reconnaissent qu'elles devraient, par exemple, seulement recueillir des savoirs traditionnels après avoir obtenu le consentement éclairé des dépositaires de ces connaissances et qu'elles devraient veiller à ce que les Autochtones qui fournissent les connaissances en retirent des bénéfices semble indiquer cependant qu'on admet de plus en plus que l'utilisation des savoirs traditionnels soulève des questions liées à l'éthique et aux droits[31].

Par ailleurs, il ne fait aucun doute que les revendications des Autochtones inquiètent l'industrie de la biotechnologie, actuellement bien servie par un système qui favorise un accès assez facile et peu coûteux aux ressources biologiques dans le but de promouvoir l'innovation et la recherche[32]. La reconnaissance des droits de contrôle sur les savoirs traditionnels qui relèvent déjà du domaine public est un enjeu particulièrement préoccupant. L'isolement de la quinine, par exemple, un antipaludéen de première importance, a été rendu possible grâce aux renseignements fournis au XVII[e] siècle par des communautés indigènes à des explorateurs européens concernant l'utilisation de l'écorce de l'arbre *Chincona ledgeriana* pour traiter le paludisme[33]. La reconnaissance d'un droit sur des savoirs traditionnels relatifs à des questions qui relèvent depuis longtemps du domaine public soulèverait peut-être des difficultés insurmontables.

Pour répondre aux préoccupations des Autochtones en ce qui concerne l'utilisation de leurs savoirs traditionnels et des ressources génétiques sur les terres qu'ils utilisent ou occupent depuis toujours (ou dont ils sont actuellement propriétaires), il faudra probablement trouver un juste équilibre entre, d'une part, les objectifs des autorités publiques en ce qui concerne la promotion de l'innovation et de la libre circulation des idées et de l'information et, d'autre part, la recherche de moyens de respecter les peuples autochtones et de promouvoir et de soutenir leurs objectifs culturels, sociaux, politiques et économiques. Une

---

[29] Le droit de propriété intellectuelle peut fournir non seulement des moyens défensifs mais aussi des moyens offensifs pour protéger les savoirs traditionnels contre une appropriation illicite. Par exemple, un groupe autochtone peut utiliser les principes et la procédure relativement à la propriété intellectuelle pour empêcher la monopolisation commerciale de leurs connaissances par d'autres. Barsh souligne que pour [Traduction] « être brevetables [...], les connaissances doivent être nouvelles d'une certaine manière. Une idée qui est déjà utilisée ailleurs, ou qui serait évidente pour quiconque connaît bien le domaine technique particulier, ne peut être protégée par un brevet ». En l'absence, cependant, de mécanismes satisfaisants de sélection préliminaire pour déterminer si un demandeur a indiqué s'il s'inspirait de savoirs traditionnels, ceux qui possèdent ces savoirs peuvent ne pas avoir les ressources nécessaires pour surveiller la multitude de brevets qui sont traités, par exemple par le US Patent and Trademark Office, et prendre des mesures offensives (Barsh, *supra*, note 17). Ces mesures ne règlent pas la question de la confidentialité des savoirs traditionnels. Christie soutient à cet égard que toute initiative de réforme du droit visant à tenir compte des préoccupations des Autochtones concernant le détournement des savoirs traditionnels devrait [TRADUCTION] « créer un mur de protection autour de la culture autochtone plutôt qu'un marché d'idées en faveur de leur utilisation » (G. Christie, « Aboriginal Rights, Aboriginal Culture, and Protection », (1998) 36 Osgoode Hall L.J., pp. 447-484, par. 92. Par ailleurs, Borrows traite de l'importance de reconnaître le caractère interdépendant des relations entre Autochtones et non-Autochtones, gage d'une plus grande unité canadienne (voir Borrows, *supra*, note 16, en particulier le chapitre 6). Cette vision semble encourager davantage l'échange de connaissances et d'idées que le secret prôné par Christie. La Commission royale sur les peuples autochtones déclare que « En affirmant leurs droits relativement au savoir traditionnel, les autochtones ne cherchent pas à se retirer du monde [...]. Les autochtones sont disposés à partager la richesse de leur culture [...] et [...] leur savoir [...]. Ils veulent aussi s'assurer que leur savoir est utilisé correctement [...]. Ils souhaitent toucher une juste rémunération [...] », *Rapport de la CRPA*, 1993, chapitre 6, volume 3, section 1.3, *supra*, note 24.

[30] Voir le site Web de la Chambre de commerce internationale à l'adresse http://www.iccwbo.org, consulté la dernière fois le 16 mars 2004, et celui de la Biotechnology Industry Organization à l'adresse http://www.bio.org, consulté la dernière fois le 16 mars 2004, pour obtenir des renseignements sur les positions de ces organisations. En particulier, voir le document de travail de la CCI intitulé « Protecting traditional knowledge » et une lettre de L. Val Giddings, vice-président à l'alimentation et à l'agriculture, Biotechnology Industry Organization, envoyée à Claudia McMurray, secrétaire générale adjointe déléguée à l'environnement, US Department of State, datée du 5 février 2004.

[31] Voir « Biotechnology's Foreign Policy », discours prononcé par C. Feldbaum, président de la Biotechnology Industry Organization lors du congrès BIO 2002, l'International Biotechnology Convention and Exhibition, le 10 juin 2002 à Toronto. Affiché à l'adresse http://www.bio2002.org/press/carf.asp, consulté la dernière fois le 11 mars 2004.

[32] Lettre de la BIO, *supra*, note 30.

analyse des droits des Autochtones sur leurs savoirs traditionnels pourrait fournir des indications utiles permettant de trouver ce juste équilibre.

7.4 Droits et savoirs traditionnels

Le chapitre 1 du présent rapport donne un aperçu des principales sources de droit à l'échelle nationale et internationale en ce qui concerne les droits de la personne et traite des droits humains existants et de leur évolution en rapport avec la biotechnologie. Nul n'est besoin de reprendre ici cet aperçu. Nous aborderons plutôt dans cette section les sources possibles de droits liés aux savoirs traditionnels. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le concept des « droits » utilisé dans le présent chapitre englobe les droits de la personne dont jouit tout individu, de même que les droits des Autochtones. À cause de la nature particulière des savoirs traditionnels et du fait que les droits des Autochtones à l'échelle nationale et internationale ne sont pas traités de la même façon en droit que les droits de la personne et qu'il n'en est pas question ailleurs dans ce rapport, la discussion portera principalement sur les droits des Autochtones.

Sous réserve de certains problèmes associés au caractère collectif de certains des droits que revendiquent, ou que possèdent de fait, les groupes autochtones au Canada et dans d'autres pays[34], les Autochtones doivent jouir des mêmes droits de la personne que tout autre individu en vertu de la loi, au moins en théorie si ce n'est en pratique. Tous les Autochtones doivent jouir des mêmes droits humains universels légalement reconnus que tous les autres individus; les femmes autochtones doivent jouir des mêmes droits de la femme reconnus légalement que les femmes non autochtones; les enfants autochtones doivent jouir de tous les mêmes droits de l'enfant légalement reconnus que les enfants non autochtones; les Autochtones du Canada doivent bénéficier de la même protection des droits de la personne prévue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La déclaration suivant laquelle les Autochtones doivent jouir des mêmes droits de la personne que tout autre individu donne une image flatteuse confortable d'une situation beaucoup plus difficile. Les Autochtones font souvent l'objet d'un traitement discriminatoire[35]. Cette discrimination peut être subie individuellement ou collectivement par les Autochtones de façon systémique. Par exemple, les Autochtones du Canada vivent depuis longtemps une expérience pénible de discrimination[36]. Cette expérience fait en sorte que les Autochtones continuent de se retrouver « au bas de toutes les échelles,

---

[33] *Ibid.*

[34] Cette affirmation est posée parce que les conflits peuvent surgir entre les droits individuels dont jouissent tous les Autochtones et les droits collectifs des Autochtones. Il n'existe pas à l'échelle internationale de mécanisme reconnu pour régler ces conflits. En effet, certains États participant aux sessions du Groupe de travail des Nations Unies sur le Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones se sont vivement objectés à toute reconnaissance des droits collectifs dans cet instrument, position qui freine considérablement les progrès dans ce dossier. L'Allemagne et le Japon, par exemple, ont laissé entendre qu'ils n'appuieraient pas l'adoption d'une déclaration décrivant des droits collectifs. Le Canada ne partage pas le point de vue de ces pays, préférant plutôt clarifier quels droits dans la déclaration peuvent être décrits comme des droits collectifs et lesquels doivent être décrits comme des droits individuels. Il existe dans la Constitution canadienne un cadre pour régler les conflits entre les droits collectifs des Autochtones et les droits humains individuels, mais la jurisprudence est peu abondante. Ce cadre est abordé à la partie 2 ci-dessous. Au nombre des cas où les tribunaux ont été saisis de questions relatives à des conflits entre des intérêts communautaires et individuels, citons : *Corbière c. Canada* [1999], 2 R.C.S. 2003 et *Rose Desjarlais contre la bande indienne de la réserve n° 75 de Piapot*, [1990], 1 CNLR 39 (C.A.F). Voir également S. Matiation, *La discrimination, le VIH/SIDA et les autochtones*, 1999, pour une analyse d'une situation particulière où un conflit peut être mal perçu. Affiché à l'adresse http://www.aidslaw.ca, consulté la dernière fois le 19 novembre 2003.

[35] Dans sa résolution E/CN.4/2001/57, la Commission des droits de l'homme a décidé de nommer un rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones. Le premier rapport du rapporteur spécial, M. Rodolfo Stavenhagen, a été soumis en 2002 (E/CN.4/2002/97). Ce rapport identifie les principales questions liées aux droits de l'homme auxquelles sont confrontés les peuples autochtones, du point de vue du rapporteur spécial.

[36] La *Déclaration de réconciliation* du Canada présentée aux peuples autochtones renferme le paragraphe suivant : « Malheureusement, notre histoire en ce qui concerne le traitement des peuples autochtones est bien loin de nous inspirer de la fierté. Des attitudes empreintes de sentiments de supériorité raciale et culturelle ont mené à une répression de la culture et des valeurs autochtones. En tant que pays, nous sommes hantés par nos actions passées qui ont mené à l'affaiblissement de l'identité des peuples autochtones, à la disparition de leurs langues et de leurs cultures et à l'interdiction de leurs pratiques spirituelles. Nous devons reconnaître les conséquences de ces actes sur les nations qui ont été fragmentées, perturbées, limitées ou même anéanties par la dépossession de leurs territoires traditionnels, par la relocalisation des peuples autochtones et par certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Nous devons reconnaître que ces actions ont eu pour effet d'éroder les régimes politiques, économiques et sociaux des peuples et des nations autochtones. » Affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/gs/rec_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/gs/rec_f.html]. L'histoire des rapports entre les Autochtones et les non-Autochtones du Canada est abondamment décrite dans le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones de 1996, volume 1, affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgmm_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgmm_f.html].

notamment pour l'espérance de vie, le revenu, etc., et en haut de l'échelle pour les pires conditions défavorables, telles que le chômage, le suicide, le diabète, etc.[37] ».

Les Autochtones font également valoir des droits qui les distinguent des non-Autochtones. Les droits différenciés des Autochtones sont liés à leur histoire particulière, à leur relation avec le territoire et les activités traditionnelles, à leur intégrité collective et à leurs cultures et pratiques particulières. Bien qu'on trouve des droits différenciés pour les Autochtones dans le droit interne canadien de même que dans un petit nombre d'instruments internationaux (certains récents), il peut être difficile pour les systèmes juridiques fondés sur la doctrine libérale occidentale de pleinement intégrer et appliquer ces droits.

Selon Patrick Macklem, les droits non différenciés comme les droits différenciés présentent un attrait pour les Autochtones. Les droits non différenciés sont accordés aux Autochtones [TRADUCTION] « non en raison de leur statut différent d'Autochtones mais plutôt parce qu'ils concernent des aspects de l'identité considérés comme des attributs fondamentaux essentiels de tout être humain[38] ». L'intérêt des droits différenciés [TRADUCTION] « tient à la notion intuitive que quelque chose dans la différence des Autochtones mérite d'être protégé juridiquement[39] ». Les écarts entre les droits dont doivent bénéficier les Autochtones comme être humains et les droits dont ils doivent jouir comme Autochtones posent des difficultés importantes sur le plan conceptuel, en particulier sur le plan des conflits entre les droits individuels et collectifs, thème qui revient souvent dans les discussions entourant les droits des Autochtones[40] ».

La présente section se divise en trois parties. La première replace en contexte le droit de base sur les savoirs traditionnels qui est revendiqué par les Autochtones, en se fondant sur un échantillon, il faut le dire, très restreint d'énoncés et de déclarations représentatifs. La deuxième partie traite des droits et des savoirs traditionnels à l'échelle internationale. La troisième porte sur la situation au Canada. Pour ce qui est des parties 2 et 3, il est tout d'abord utile de connaître : 1) le contexte dans lequel s'insèrent les enjeux liés à la biotechnologie, aux droits et aux savoirs traditionnels et 2) le cadre juridique qui régit les droits des Autochtones. Dans chaque partie, des renseignements généraux sont présentés et sont suivis d'analyses portant sur le principal sujet du chapitre – l'existence ou non d'un fondement en droit sur lequel repose le droit des Autochtones de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels.

7.4.1 L'établissement d'un droit sur les savoirs traditionnels

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, il est difficile de formuler un droit sur les savoirs traditionnels. Le problème tient en partie à la nature de ce droit – les savoirs traditionnels sont considérées comme étant intimement liées aux terres, aux cultures et aux visions du monde des Autochtones. Il est donc difficile de séparer un « droit sur les savoirs traditionnels » d'autres droits revendiqués par les Autochtones. En outre, dans le droit canadien en particulier, la décision par les tribunaux en faveur ou non de l'existence d'un droit sur les savoirs traditionnels dépendra des faits et du lieu. Enfin, comme nous l'indiquons plus loin, il n'existe pas en droit international ni en droit canadien d'expression communément acceptée d'un « droit sur les savoirs traditionnels ».

Pour bien formuler ce droit, à tout le moins pour les besoins du présent rapport, il est bon de s'inspirer de quelques exemples de revendications qui ont été faites par des représentants autochtones eux-mêmes. Les droits que nous avons retenus ici représentent un échantillon très restreint, mais sont néanmoins instructifs. Bien que ces énoncés ou déclarations n'aient pas de force exécutoire, ils

---

37 B. Morse, « Symposium: Tribal Sovereignty: Back to the Future? A View From the North: Aboriginal and Treaty Issues in Canada », (1995) 7 St. Thomas L. Rev., p. 671-674. Des écarts importants persistent au niveau du bien-être entre les Indiens inscrits du Canada et d'autres Canadiens, comme le confirme le rapport suivant : D. Beavon et M. Cooke, « An Application of the United Nations Human Development Index to Registered Indians in Canada » dans *Aboriginal Conditions*, publié sous la direction de J. White, D. Beavon et P. Maxim, 2003.

38 P. Macklem, « Indigenous Rights and Multinational Corporations at International Law », 24 Hastings Int'l & Comp. L. Rev., p. 476, 481.

39 *Ibid.*, p. 482.

40 Abordé dans J. Arbour, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2001) 21 *Supreme Court Law Review* 3; P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, 2001; G. Christie, « A Brief Discussion about Section 25 and Issues around Group Rights », inédit, copie en dossier.

contribuent à l'élaboration de principes pertinents qui pourront influencer les décideurs et les législateurs à l'échelle nationale et internationale[41].

En juin 1993, des Autochtones représentant un certain nombre de groupes se sont rencontrés en Nouvelle-Zélande pour le première Conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones. La *Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones* qui a été approuvée par les participants contient les énoncés suivants :

> Nous déclarons que les peuples autochtones du monde ont le droit de décider de disposer d'eux-mêmes et que, dans l'exercice de ce droit, ils doivent être reconnus comme les dépositaires exclusifs de leurs biens culturels et intellectuels.
>
> [...]
>
> Nous reconnaissons que les peuples autochtones sont capables de gérer leurs savoirs traditionnels eux-mêmes mais sont disposés à les offrir au reste de l'humanité à la condition que leurs droits fondamentaux de définir et de contrôler ces connaissances soient protégés par la communauté internationale[42].

D'autres énoncés dans le document traitent du rapport à la terre et aux ressources de même que d'autres questions culturelles.

Illustrant les liens étroits qui existent entre les terres et les savoirs traditionnels, l'énoncé qui suit est tiré de la *Déclaration de Kimberley*, adoptée à l'issue du Sommet international des peuples autochtones sur le développement durable, qui a eu lieu en Afrique du Sud en même temps que le Sommet mondial sur le développement durable en août 2002 :

> En tant que peuple, nous réaffirmons notre droit à l'autodétermination et notre droit de posséder, de contrôler et de gérer nos terres et territoires ancestraux, ainsi que les ressources en eau et les autres ressources qu'ils recèlent. Nos terres et territoires sont au cœur de notre existence [...] [ils] sont inextricablement liés à notre survie et à la préservation et au développement futur de nos systèmes de savoir [...][43].

Un troisième exemple de déclaration concernant les préoccupations autochtones liées aux savoirs traditionnels provient d'une organisation appelée Llamado de la Terra/Voix de la Terre, un regroupement de peuples autochtones s'intéressant aux politiques en matière de propriété intellectuelle, qui a organisé un atelier en novembre 2003 à Côme, Italie, en prévision de la troisième session du Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages, qui a eu lieu en décembre 2003. Dans un dossier d'information qui a été présenté durant la séance du groupe de travail par des représentants qui ont assisté à l'atelier, deux principes ont été exposés :

> [TRADUCTION]
>
> Nous jouissons de droits souverains sur nos connaissances, notre diversité biologique et ses éléments constituants. Nos connaissances sont intrinsèquement liées à notre diversité biologique et elles sont donc inséparables de notre diversité biologique[44].

Quant à l'élaboration et à la négociation possible par les signataires de la CDB d'un régime international régissant l'accès et le partage des avantages liés aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes, Voix de la

---

41 Michael Davis, Social Policy Group, *Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights*, Research Paper 20 1996-97, Parliament of Australia, Department of the Parliamentary Library, p. 15, affiché à l'adresse http://www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1996-97/97rp20.htm, consulté la dernière fois le 17 mars 2004.

42 *La Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones*, adoptée en juin 1993 par plus de 150 délégués participant à la Première conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, qui a eu lieu à Aotearoa, Nouvelle-Zélande, affiché à l'adresse http://users.ox.ac.uk/~wgtrr/mataatua.htm, consulté la dernière fois le 17 mars 2004.

43 *La Déclaration de Kimberley*, adoptée par le Sommet international des peuples autochtones sur le développement durable, à Kimberley, Afrique du Sud, le 23 août 2002. Affiché à l'adresse http://www.yachaywasi-ngo.org/kimberley.htm, consulté la dernière fois le 17 mars 2004. (version française : http://www.idrc.ca/fr/ev-30143-201-1-DO_TOPIC.html).

44 Llamado De La Terra/Voix de la Terre, « Outcomes of the International Indigenous Workshop on Indigenous Perspectives on an International Regime on Access and Benefit Sharing to Traditional Knowledge and Associated Genetic Resources », atelier tenu à Côme du 22 au 24 novembre 2003, présenté à Montréal le 2 décembre 2003, p. 4, copie en dossier.

Terre déclare en outre qu'un tel régime [TRADUCTION] « doit veiller à ce que le droit à un consentement éclairé préalable des peuples autochtones soit garanti et protégé, à titre de principe fondamental de l'exercice de l'autodétermination et de la souveraineté des peuples autochtones[45] ».

Bien que ces déclarations ne représentent qu'un petit échantillon des déclarations faites à l'échelle internationale par les Autochtones qui participent au débat sur les savoirs traditionnels, elles donnent une idée de la revendication de base couramment formulée : *les peuples autochtones ont le droit de posséder et de contrôler l'accès aux savoirs traditionnels et l'utilisation de ces derniers*. Ceux qui font une telle affirmation n'établissent pas nécessairement une distinction entre les savoirs traditionnels qui n'ont pas encore été dévoilés et ceux qui relèvent du domaine public. La déclaration de Voix de la Terre suivant laquelle les Autochtones ont des droits souverains sur leurs savoirs traditionnels indique que la distinction n'est pas pertinente pour eux — que l'information soit publique ou non, les Autochtones veulent contrôler la façon dont elle est utilisée et, s'ils consentent à ce qu'elle soit utilisée par des tierces parties, ils veulent recevoir des avantages monétaires ou non monétaires suivant le cas, en contrepartie.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la revendication de droits sur les connaissances qui sont publiques pose des difficultés car elle pourrait avoir un impact considérable sur l'industrie de la biotechnologie, sur les gouvernements et sur la société, vu que de nombreux progrès en biotechnologie sont fondés sur la connaissance de plantes et d'autres organismes qui relèvent depuis longtemps du domaine public[46].

7.4.2 Scène internationale

A. La biotechnologie, les droits et les savoirs traditionnels à l'échelle internationale

Le Secrétariat de l'OMPI souligne que : « Les savoirs traditionnels sont en effet à l'ordre du jour dans les domaines de l'alimentation et de l'agriculture, de la diversité biologique et de l'environnement, de l'innovation et de la réglementation en matière de biotechnologie, des droits de l'homme, des politiques culturelles et du développement commercial et économique[47] ». Un certain nombre d'organisations internationales s'intéressent aux savoirs traditionnels, qui sont cependant souvent décrites selon leur acception particulière utilisée dans chaque forum. Par exemple, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle* en novembre 2001, qui établit un lien entre la protection des savoirs traditionnels et les droits de l'homme[48]; l'Organisation mondiale de la santé entreprend des travaux sur les médicaments traditionnels[49]; et le *Traité international sur les ressources génétiques des plantes*, qui a été négocié sous les auspices de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et qui entrera en vigueur après sa ratification par 40 États, traite des questions qui intéressent les agriculteurs traditionnels, notamment les agriculteurs traditionnels autochtones[50].

Bien que les initiatives prises dans chacun de ces forums aient des liens avec la question des « droits sur les savoirs traditionnels », les négociations internationales touchant la relation entre les savoirs traditionnels et la biotechnologie se font principalement par trois organes : la *Convention sur la diversité biologique* (la CDB), l'OMPI et le Conseil des ADPIC[51]. On peut soutenir que le débat dans le cadre de ces organisations est dominé par l'accent mis

---

45 *Ibid.*, p. 6.

46 Lettre de la BIO, *supra*, note 30.

47 Document de l'OMPI, *supra*, note 14, p. 6.

48 Affiché à l'adresse http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_eng/decl_en.shtml, consulté la dernière fois le 30 mars 2004. En septembre 2003, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté la *Convention sur le patrimoine culturel immatériel*, qui concerne également les questions relatives aux savoirs traditionnels. Cette convention doit être ratifiée par les membres de l'UNESCO. Le Canada ne l'a pas ratifiée à cause de ses craintes concernant l'approche adoptée relativement au patrimoine culturel immatériel.

49 Pour obtenir de l'information sur les activités de l'OMS, visiter le site http://www.who.int/health_topics/traditional_medicine/en/, consulté la dernière fois le 30 mars 2004 [http://www.who.int/health_topics/traditional_medicine/fr/index.html].

50 Affiché à l'adresse http://www.fao.org/ag/cgrfa/itpgr.htm, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

51 L'Accord sur les ADPIC ou l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* fait partie du groupe d'accords réglementant le commerce international entre les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui ont tous signé également l'Accord sur les ADPIC. Il s'agit de l'entente multilatérale la plus complète sur les droits de propriété intellectuelle. Le Conseil des ADPIC est l'organisme créé en vertu de l'Accord sur les ADPIC pour surveiller le fonctionnement de cet accord et son respect par les gouvernements.

52 La *Convention sur la diversité biologique* est axée sur la préservation de la diversité biologique. Les considérations économiques en ce qui concerne la relation entre la conservation et les avantages financiers à tirer par certains États qui réglementent l'accès aux ressources génétiques constituent néanmoins un thème dominant.

sur les intérêts économiques d'alliances concurrentes dirigées par un certain nombre d'États[52].

La partie de l'industrie de la biotechnologie qui désire avoir accès aux ressources génétiques et protéger sa propriété intellectuelle se trouve principalement aux États-Unis, au Japon et dans la Communauté européenne, qui sont généralement en faveur d'une harmonisation des lois régissant la propriété intellectuelle d'un pays à l'autre grâce à l'adhésion générale à l'Accord sur les ADPIC et à d'autres accords internationaux touchant la réglementation de la propriété intellectuelle[53]. Face à eux, on retrouve [TRADUCTION] « des pays qui s'industrialisent rapidement tels que le Brésil et l'Inde, qui disposent de leurs propres industries émergentes en sciences biologiques de même que de réservoirs inexploités de ressources biologiques diversifiées et de connaissances autochtones dans leur arrière-pays vivant une situation de colonisation interne[54] ». Ces pays en pleine industrialisation appuient les efforts en vue de reconnaître les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones, peut-être par l'adoption de nouvelles mesures, afin qu'il soit plus difficile pour les chercheurs d'avoir accès aux savoirs traditionnels sans fournir d'avantages en contrepartie. Ils ne sont pas nécessairement en faveur d'un transfert direct aux communautés autochtones des avantages tirés de l'application de savoirs traditionnels. Des régimes juridiques nationaux pourront plutôt être utilisés pour s'assurer que les savoirs traditionnels sont traités comme une ressource nationale plutôt que comme une ressource dont les peuples autochtones sont les dépositaires[55].

Il est donc urgent d'évaluer ce qu'implique le débat international sur la biotechnologie au chapitre des droits. Il semble en fait que l'accent limité mis sur les intérêts économiques est abandonné en faveur d'un souci de préserver les intérêts et les droits des peuples autochtones dans les dossiers liés à la biotechnologie. Dans un tel climat, les groupes autochtones réussissent davantage que dans le passé à exprimer leurs préoccupations concernant l'utilisation de leurs savoirs traditionnels. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, les signataires de la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) comme les membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ont prévu une participation des Autochtones. Par voie de conséquence, les références aux droits autochtones sur les savoirs traditionnels, si ce n'est l'élaboration de ces droits comme tels, se sont multipliées dans les diverses décisions adoptées par les parties à la CDB et dans les documents rédigés par le Secrétariat de l'OMPI pour renseigner la communauté internationale[56]. Pendant ce temps, les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont convenu d'examiner la relation entre les savoirs traditionnels et les ADPIC dans le cadre de leur programme axé sur le commerce et le développement qui a été adopté lors de la séance ministérielle tenue à Doha en 2002[57].

B. Droits autochtones dans le droit international

Le système juridique international repose sur la prémisse suivant laquelle les États sont des entités souveraines qui sont les seules soumises au droit international. Au début du XXe siècle, le système international a été comparé à des boules de billard, chacune représentant un État, qui se frappaient les unes contre les autres[58]. La régie interne

---

53 Certains États, notamment les États-Unis, ont essayé d'obtenir des protections plus grandes des droits de propriété intellectuelle dans leurs négociations bilatérales et multilatérales que celles que l'on trouve dans l'Accord sur les ADPIC.

54 Barsh, *supra*, note 17, p. 13.

55 *Ibid.*, p. 14. Cela ne contrevient pas nécessairement aux dispositions de la CDB, qui réaffirme la souveraineté des États sur leurs ressources. L'article 3 prévoit que les États ont « [...] le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement [...] ». De même, l'article 15 commence par ce qui suit : « Étant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, [...] ». Les groupes autochtones peuvent soutenir que la CDB ne renferme aucun énoncé indiquant que le droit de propriété et de contrôle autochtones sur les savoirs traditionnels est transféré aux États.

56 Cette question est abordée plus en détail ci-dessous.

57 Le 14 novembre 2001, la Déclaration ministérielle des membres de l'OMC (la Déclaration de Doha) renferme le point suivant à considérer par le Conseil des ADPIC : « 19. Nous donnons pour instruction au Conseil des ADPIC, dans la poursuite de son programme de travail, y compris au titre du réexamen de l'alinéa 27.3*b*), de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre du paragraphe 71(8.1) et des travaux prévus conformément au paragraphe 12 de la présente déclaration, d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la *Convention sur la diversité biologique*, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres [...] ». Très peu de progrès ont été enregistrés à cet égard jusqu'à maintenant.

de chaque boule de billard était considérée comme une question de souveraineté qui intéressait peu la communauté internationale. À partir de la Seconde Guerre mondiale, cette vision du système international, qui n'a peut-être jamais été bien exacte, a progressivement évolué pour tenir compte des droits des individus et des peuples et des responsabilités des personnes qui les gouvernent.

En quelque 20 ans, les peuples autochtones sont devenus l'un des plus importants protagonistes « autres que des États » sur la scène internationale. Aujourd'hui, les représentants des groupes autochtones sont plus souvent en mesure d'exprimer leurs préoccupations dans divers forums internationaux aux côtés de représentants d'États, les organisations internationales prennent plus souvent en considération les questions autochtones dans leurs travaux et leurs activités et les États sont plus souvent critiqués à l'échelle internationale pour les actes de discrimination à l'endroit des groupes autochtones qui vivent sur leur territoire.

Grâce à un certain nombre de progrès enregistrés au cours des 20 dernières années, les groupes autochtones ont réussi à influencer de façon profonde le système international. Au nombre de ces progrès, citons : 1) l'utilisation accrue par les groupes autochtones des mécanismes internationaux de plainte basés sur les droits de la personne; 2) les négociations permanentes relatives aux déclarations des droits des Autochtones à l'OEA[59] et à l'ONU; 3) l'attention de plus en plus grande accordée aux questions autochtones par diverses organisations internationales telles que la CDB, l'OMPI, la Banque mondiale, la CNUCED[60] et d'autres; et 4) les efforts déployés par les membres de l'ONU en vue d'intégrer la prise en compte des questions autochtones dans toutes les activités internationales pertinentes auxquelles ils participent, grâce notamment à la création de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones[61].

Même si les peuples autochtones ont remporté beaucoup de succès dans leurs efforts en vue de se faire entendre à l'échelle internationale, ils n'ont pas encore obtenu une formulation largement acceptée de leurs droits dans le droit international. Les droits des Autochtones sont plutôt pris en compte à la pièce dans différents instruments, par divers organismes créés en vertu d'un traité et par divers moyens. L'absence d'une formulation largement acceptée – à savoir une déclaration approuvée par les membres des Nations Unies ou une convention internationale ratifiée par un grand nombre de membres – ne signifie pas que les normes internationales touchant les droits internationaux des Autochtones n'évoluent pas. Certains commentateurs soutiennent en fait que ces normes sont déjà nées et font partie du droit coutumier international – cet ensemble de règles de droit international tiré de la pratique commune des États qui repose sur l'idée couramment acceptée qu'une telle pratique est régie par des règles reconnues à l'échelle internationale[62].

Il est plus facile pour ceux qui ont une vision assez souple de ce qui constitue la pratique des États en ce début du XXI[e] siècle de professer une telle conception du droit coutumier international. Benedict Kingsbury, par exemple, a décrit les politiques opérationnelles de la Banque mondiale qui lient le financement accordé par la Banque à la façon dont l'État traite sa population autochtone nationale comme une source non traditionnelle potentielle de « droit autochtone coutumier international »[63]. Selon lui, [TRADUCTION] « l'expression, la formulation et l'application de normes supposent des interactions et un dialogue entre les institutions publiques internationales, les politiques et le droit nationaux, les peuples autochtones, les ONG, les acteurs du marché, le monde universitaire, etc.[64] ». Si Kingsbury dit vrai, la formulation de droits autochtones internationaux est en cours car de plus en plus de joueurs sur la scène nationale ou interna-

[58] La comparaison aux « boules de billard » est attribuée à Oppenheim et est analysée par B. Kingsbury dans « Sovereignty and Inequality », 9(4) Eur. J. of Int'l L., affiché à l'adresse http://www.ejil.org/journal/Vol9/No4/art1-01.html, consulté la dernière fois le 8 octobre 2003. Kingsbury souligne que la vision orthodoxe pendant la plus grande partie du XX[e] siècle voulait que [Traduction] « la division du monde en unités territoriales similaires sur le plan fonctionnel et juridique impliquait, dans la mesure où l'entité était reconnue à l'échelle internationale comme un État, que sa structure et le type de régime internes importaient peu ».

[59] « OEA » désigne l'Organisation des États américains.

[60] « CNUCED » désigne la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

tionale participent au dialogue sur les questions autochtones. Par ailleurs, l'attention portée par Kingsbury aux sources potentielles non traditionnelles de nouvelles normes internationales peut témoigner de l'absence de données plus sûres relativement à la pratique des États et à l'*opinio juris* touchant le droit coutumier international en matière de droits des Autochtones.

James Anaya soutient que les peuples autochtones ont eu recours au système international pour modifier de façon plus radicale la norme de souveraineté étatique que celle découlant de l'internationalisation des droits humains individuels. Au dire d'Anaya, les revendications autochtones concernant l'autonomie et les droits collectifs de contrôle sur les terres et les ressources remettent en question la primauté de l'État de manière plus fondamentale que les affirmations contenues dans la théorie classique des droits de la personne. En outre, les groupes autochtones ont utilisé les droits humains internationaux pour déplacer l'accent mis sur l'assimilation dans les politiques relatives aux peuples autochtones, en faveur de politiques basées sur le respect et ils ont fait reconnaître leur statut unique leur donnant droit à une participation accrue aux processus internationaux[65].

Aux yeux d'Anaya, les normes coutumières internationales touchant les droits des Autochtones sont déjà contraignantes. Ce point de vue est quelque peu extrême et peut ne pas être partagé par de nombreux États. Au chapitre de la création de normes internationales visant les droits des Autochtones, ces États ne peuvent nier, cependant, comme dans la chanson de Bob Dylan, qu'il se passe quelque chose même s'ils ignorent de quoi il s'agit[66].

C. Le droit international protège-t-il les savoirs traditionnels ?

Il n'y a aucun traité ni instrument international reconnu qui précise quels sont les « droits » liés aux savoirs traditionnels. Le principal instrument international portant sur les savoirs traditionnels est la *Convention sur la diversité biologique* (la CDB). Bien qu'il ne s'agisse pas d'un instrument de défense des droits de la personne, il reste que la CDB impose des obligations aux États Parties, le Canada y compris. Nous examinons donc dans la section (i) ci-dessous la CDB ainsi qu'un forum connexe, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (CIG) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). On aborde de plus en plus la question des « droits » dans les deux forums par rapport aux peuples autochtones et aux savoirs traditionnels. Ainsi, nous examinons dans la section (ii) s'il existe, dans les instruments internationaux de protection des droits de la personne et des droits des Autochtones, des fondements permettant d'affirmer l'existence d'un droit des peuples autochtones à posséder et à contrôler leurs savoirs traditionnels.

(i) Savoirs traditionnels, diversité biologique et propriété intellectuelle

La CDB

La question des savoirs traditionnels a d'abord été mise de l'avant sur la scène internationale dans le contexte du développement durable. À l'occasion de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio de Janeiro en 1992, où le Canada a joué un rôle de premier plan, plusieurs instruments ont été mis au point qui prenaient en compte la question des savoirs traditionnels[67]. Le plus important est la *Convention sur la diversité biologique*, signée par la plupart

61 L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones a été créée par le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) conformément à la résolution du Conseil E/RES/2000/22, comme organe subsidiaire du Conseil. L'Instance comprend 16 membres, dont huit sont nommés par les gouvernements et élus par le Conseil et huit qui sont nommés par le président du Conseil, après de vastes consultations auprès d'organisations autochtones. L'Instance joue le rôle d'organisme consultatif auprès du Conseil et est chargée d'examiner les questions autochtones et de faire rapport au Conseil. Pour plus d'information, consulter le site Web de l'Instance à l'adresse http://www.un.org/esa/socdev/pfii.

62 Voir Kingsbury, « Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples », *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999.

63 Kingsbury, « Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law », *People's Rights*, 2001, p. 340.

64 Kingsbury, 1999, *supra*, note 62, pp. 327-328.

65 J. Anaya, « Indigenous Peoples and International Law Issues », (1998) 92 Am. Soc'y Int'l L. Proc., pp. 96-98.

66 B. Dylan, *Ballad of a Thin Man*, copyright de 1965.

des 178 gouvernements ayant participé à la Conférence de Rio. Aujourd'hui, la CDB constitue l'un des traités internationaux en vigueur qui a été le plus largement ratifié[68]. Elle vise trois grands objectifs : (1) la conservation de la diversité biologique, (2) l'utilisation durable de ses éléments et (3) le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques[69].

La CDB reconnaît l'unique contribution des peuples autochtones et de leurs savoirs traditionnels au développement durable. D'abord, on lit dans le préambule de la Convention que les Parties reconnaissent « qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments ». À l'article 10c) il est précisé que « chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : [...] [p]rotège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles [...] »[70]. Mais ce qui importe le plus du point de vue des groupes autochtones qui souhaitent protéger leurs savoirs traditionnels, c'est que la CDB est le seul traité international exécutoire à l'heure actuelle qui fasse référence aux savoirs traditionnels. Selon l'article 8j) :

Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra :

> j. Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques[71].

Même en tenant compte des mots « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra » et « sous réserve de sa législation nationale », l'article 8j) impose d'importantes obligations aux États de respecter l'utilisation des savoirs traditionnels: (1) les savoirs traditionnels doivent être respectés, préservés et maintenus; (2) l'accord et la participation des dépositaires de ces savoirs doivent être obtenus avant d'en favoriser une application sur une plus grande échelle; (3) le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances doit être encouragé.

Ces obligations sont en outre renforcées par les mesures qu'ont prises les Parties à la CDB en vue de mettre en œuvre ses dispositions. D'abord, la Conférence des Parties (la CdP) de la CDB se réunit tous les deux ans pour négocier, étudier et adopter des résolutions et des décisions visant la mise en œuvre progressive des engagements pris par les Parties lorsqu'elles ont ratifié la Convention[72]. Avec le temps, on a de plus en plus souvent fait référence aux savoirs traditionnels dans les décisions de la CdP, et, chose plus intéressante du point de vue du présent chapitre, à la nécessité de « respecter les droits des communautés autochtones et locales », à la notion du consentement éclairé préalable quant à l'accès aux savoirs traditionnels, ainsi qu'à d'autres thèmes intéressant les groupes autochtones[73].

Deuxièmement, la Conférence des Parties a créé le Groupe de travail sur l'article 8j) et dispositions connexes (le GT8j), et lui a confié le mandat de la conseiller concernant la mise au point de protections juridiques et autres et la mise en œuvre de l'article 8j), d'élaborer un plan de travail sur le sujet, de recommander des priorités et de fournir des avis sur les mesures susceptibles de renforcer la coopération internationale entre les communautés autochtones et locales dans les dossiers touchant les savoirs traditionnels[74]. En plus de fournir un forum de discussions au sujet des savoirs traditionnels et de leurs relations avec la conservation de la diversité biologique, le GT8j) a permis une participation importante des groupes autochtones aux côtés des États dans les négociations et les débats entourant l'article 8j), même si ces derniers conservent le pouvoir de décider en bout de ligne.

En participant au GT8j), les groupes autochtones ont pu formuler leurs points de vue et faire inscrire leurs préoccupations au sujet de leurs droits et de leurs savoirs traditionnels à l'ordre du jour. Les groupes autochtones veulent aussi participer plus activement au sein d'une autre instance importante créée par la CdP, le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (le GTAPA)[75]. Sur
la recommandation du GTAPA, la CdP a décidé d'entreprendre la négociation et l'élaboration d'un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages lors de sa septième réunion en février 2004. Dans cette décision, il y a un paragraphe qui réclame une participation accrue de la part des groupes autochtones[76].

En plus d'établir un cadre pour les obligations en matière de savoirs traditionnels, du moins pour les États qui l'ont ratifiée, la Convention sur la diversité biologique, grâce aux réunions semestrielles de la CdP et autres rencontres des groupes de travail sur d'autres sujets, a permis de définir les grands enjeux en matière de savoirs traditionnels, même si ce n'est pas nécessairement en termes d'obligations formelles. Comme le suggèrent l'article 8j) et les dispositions connexes de la CDB, de même que les différentes décisions de la CdP ainsi que les recommandations formulées par le GT8j) et le GTAPA, les savoirs traditionnels, comme nous l'avons mentionné au début du présent chapitre, ne se limitent pas aux connaissances, mais se rapportent aux relations, souvent décrites en termes de droits, entre un peuple autochtone et la terre, la culture et le pouvoir de décider des questions qui lui sont essentielles, y compris celui de décider de rechercher une compensation financière en commercialisant ses biens.

Par la définition progressive des enjeux en matière de savoirs traditionnels et l'élaboration des moyens permettant aux Parties à la Convention d'appliquer l'article 8j), et grâce à la participation active des représentants autochtones, les différentes obligations des États en vertu de la Convention se précisent. Même si les décisions de la CdP ne sont pas exécutoires, elles permettent de créer ou d'élaborer des normes dans le contexte de la CDB.

Le CIG de l'OMPI

En 2000, les membres de l'OMPI ont créé le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (CIG), un forum international pour discuter des enjeux relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore[77]. Même s'ils sont indépendants les uns par rapport aux autres, le CIG, la CdP de la CDB et le GT8j) reçoivent des directives des membres de l'OMPI et des

[67] Outre la CDB, la question des savoirs traditionnels est abordée dans la *Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement* et *Action 21*, un programme d'action complet visant à assurer le développement durable dans le monde. Le principe 22 de la Déclaration de Rio affirme : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable. » Le chapitre 26 de *Action 21* s'intitule : « Reconnaissance et renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés ». Parmi ses objectifs, que les gouvernements « devraient s'efforcer d'atteindre », « en étroite coopération avec les populations autochtones et leurs communautés », « s'il y a lieu », on compte le suivant : « 26.3a) Établir un processus susceptible de donner aux populations autochtones et à leurs communautés des moyens d'action comprenant : (...) (iii) La reconnaissance de leurs valeurs, savoirs traditionnels et pratiques de gestion des ressources en vue de promouvoir un développement écologiquement rationnel et durable. » On peut accéder au texte intégral de la Déclaration de Rio et à celui de Action 21 à http://www.un.org/esa/sustdev/documents consulté la dernière fois le 22 mars 2004 [http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm et à http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action0.htm].

[68] Il y a 188 Parties à la CDB. Le Canada a ratifié la Convention le 12 avril 1992. Fait à remarquer, les États-Unis ne sont pas Partie à la Convention. Ils l'ont signée, mais ne l'ont pas ratifiée. On peut consulter la liste des Parties sur le site Web de la CDB à http://www.biodiv.org/world/parties.asp

[69] CDB, *supra* note 9, article 1.

Parties à la CDB, qui ne sont pas toujours les mêmes, de sorte que des discussions parfois ardues y ont cours au sujet des questions relatives aux savoirs traditionnels. On considère que la CDB a une longueur d'avance en ce qui concerne la relation entre les savoirs traditionnels et la conservation de la diversité biologique, alors que l'OMPI, en grande partie grâce au CIG, est en tête en ce qui a trait à la relation entre les savoirs traditionnels et les droits de propriété intellectuelle. La situation est en réalité plus complexe, mais il est utile de mentionner ici l'existence du CIG de l'OMPI.

Le CIG se trouve au centre des rivalités qui opposent les États appartenant aux principaux blocs de pouvoir sur les grandes questions relatives à la propriété intellectuelle. Les pays développés, qui ont d'importantes industries biotechnologiques, ne sont pas du tout convaincus que le système de propriété intellectuelle doive être profondément modifié pour tenir compte des droits de propriété intellectuelle à l'égard des savoirs traditionnels. Les pays en développement estiment pour leur part que le statu quo n'est pas efficace. Certaines modifications au système de propriété intellectuelle ont été proposées, comme des dispositions relatives à la divulgation facultative ou obligatoire requérant que les demandeurs de brevet indiquent si des savoirs traditionnels ont servi à mettre au point tel produit, ou si des ressources génétiques ont été recueillies et à quel endroit. Pour rendre les choses encore plus complexes, des pays appartenant notamment au monde très diversifié en développement veulent que des modifications soient apportées aux ADPIC (aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), qui constituent les éléments essentiels du régime global de protection des droits de propriété intellectuelle[78].

Le CIG est en quelque sorte un compromis : il a été créé pour étudier les questions, mais non pour négocier un régime de propriété intellectuelle ou un régime *sui generis* pour protéger les savoirs traditionnels, du moins pas dans l'immédiat. Grâce en partie aux contributions des États membres, le secrétariat de l'OMPI a produit des documents utiles sur la question, susceptibles d'avoir un impact sur la compréhension, à l'échelle internationale, de la relation entre les savoirs traditionnels et le système de propriété intellectuelle. Il reste que de nombreux pays en développement estiment que ses rapports de recherche, même s'ils sont bien écrits et stimulent la réflexion, sont bien peu de choses. Ils sont impatients de voir s'accélérer l'élaboration d'un régime international de protection des savoirs traditionnels[79].

À l'heure actuelle, la CDB et l'OMPI constituent tous les deux d'importants forums pour discuter des droits et des savoirs traditionnels. Le Canada participe activement aux deux dans les discussions au sujet des savoirs traditionnels et des questions connexes qui sont importantes pour les peuples autochtones, et encourage la participation de ces derniers dans les discussions. Même si ni la CDB ni le CIG de l'OMPI ne sont des lieux appropriés pour définir des droits autochtones, la question des « droits » est de plus souvent abordée par les deux instances, et les principes qui sont importants pour les peuples autochtones, comme le consentement éclairé préalable en ce qui a trait à l'accès aux savoirs traditionnels, y sont discutés et élaborés. Quand on fait référence à des droits dans les documents de la CDB et de l'OMPI, par contre, il n'y a aucune analyse des sources possibles en droit international en matière de droits de la personne, ce qui fera l'objet de la section qui suit. Comme il se peut que les États décident qu'il est nécessaire d'élaborer un régime international *sui generis* sur la question des savoirs traditionnels et de ses liens avec le droit en matière de propriété intellectuelle, une telle analyse presse.

(ii) Instruments internationaux de défense des droits

Les arguments à l'appui de la proposition selon laquelle les peuples autochtones ont des droits de propriété à l'égard de leurs savoirs traditionnels ainsi que le droit d'en disposer à leur guise pourraient sans doute provenir de différentes sources. La présente section présente celles qui sont probablement les plus importantes à cet égard : les instruments internationaux portant spécifiquement sur les droits autochtones, et ceux qui portent plus généralement sur les droits de la personne et qui s'appliquent parfois aux

70 *Ibid.*, article 10c).

71 *Ibid.*, article 8j). Parmi les autres articles particulièrement intéressants pour les savoirs traditionnels, citons l'article 15, portant sur les ressources génétiques, l'article 16 sur le transfert de technologie et l'article 22 sur les relations entre la CDB etc d'autres conventions internationales.

circonstances particulières des peuples autochtones. Aucun tribunal international ou canadien n'a encore statué sur la question des savoirs traditionnels en vertu spécifiquement du droit international, mais certaines lignes directrices peuvent se dégager de ces sources.

Instruments internationaux touchant spécifiquement les droits autochtones

Convention 169 de l'OIT

La *Convention 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 27 juin 1989, est actuellement le seul traité multilatéral en vigueur portant exclusivement sur les droits des peuples indigènes[80]. Bien que cette Convention soit une importante source d'obligations pour les 17 pays qui l'ont ratifiée, et même si on s'y réfère à l'occasion dans des documents internationaux, elle n'a pas été ratifiée par un très grand nombre de pays, y compris ceux qui sont particulièrement actifs dans les discussions au sujet des droits autochtones comme le Canada, les États-Unis et l'Australie. De plus, la Convention ne dit rien au sujet du droit des peuples indigènes à l'autodétermination ni au sujet des savoirs traditionnels, et elle a été adoptée avant que la question des savoirs traditionnels ne soit à l'ordre du jour au plan international. Elle contient toutefois certaines dispositions qui sont pertinentes, notamment l'article 7(1), qui se lit ainsi :

> Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre[81].

Même si nous en traitons ici brièvement, il y a lieu de noter que, selon certains, la Convention 169 de l'OIT reflète le droit international coutumier en émergence[82] et qu'elle pourrait donc être invoquée dans des affaires internationales touchant les droits des peuples indigènes à l'égard des savoirs traditionnels.

Projets de déclarations sur les droits autochtones

Outre la Convention 169 de l'OIT, les instruments internationaux portant spécifiquement sur les droits autochtones sont soit à caractère facultatif[83], soit sous forme de projet seulement. Parmi ces instruments, les plus importants sont les deux projets de déclaration sur les droits autochtones faisant actuellement l'objet de discussions dans des groupes de travail intergouvernementaux œuvrant sous les auspices des Nations unies et de l'OEA[84]. Si elles sont adoptées un jour, ces déclarations joueront un rôle crucial

---

72 La Conférence des Parties (la CdP) a été instituée conformément à l'article 23 de la CDB. Elle a pour mandat « d'examiner l'application de la Convention ». Elle a notamment pour tâche d'examiner les modifications à apporter à la Convention, d'établir et de modifier les protocoles, ou de créer des organismes chargés de régler des questions spécifiques. Elle s'acquitte donc généralement d'une fonction législative ou normative. Quant aux tâches administratives de la CDB, elles sont prises en charge par un secrétariat créé en application de l'article 24, et situé à Montréal.

73 De manière générale, voir les décisions de la CdP relatives à l'article 8(j) et aux ressources génétiques. Les décisions relatives aux aires protégées, au tourisme et à la diversité biologique en régions montagneuses sont également intéressantes. On peut accéder aux décisions de la CdP sur le site Web de la CDB à l'adresse : http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 24 mars 2004.

74 La CDB. Décision de la CdP IV/9. http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=IV/9].

75 Le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages a été créé par la CdP lors de sa cinquième réunion en 1998 afin d'élaborer des lignes directrices et d'autres approches pour favoriser l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, sujets abordés à l'article 15 of la CDB. Voir la CDB. Décision de la CdP V/26. http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=V/26]. Sur la recommandation du GTAPA, la CdP a adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* à la sixième rencontre en 2000. Voir la CDB. Décision de la CdP VI/22. http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=VI/24].

76 Les décisions finales prises lors de la septième réunion de la CdP, en février 2004, ne sont pas encore affichées sur le site de la CDB, mais on peut prendre connaissance d'une version préliminaire de la décision sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, le document UNEP/CBD/COP/7/21, à l'adresse http://www.biodiv.org, consulté la dernière fois le 1er avril 2004 [http://www.biodiv.org/doc/decisions/COP-07-dec-fr.pdf]. Voir en particulier le point D, à la page 340, « Regime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages »

dans la formulation des droits autochtones internationaux, même si elles demeureront, elles aussi, des instruments exhortatifs non contraignants. Toutefois, même dans leur présente forme, les projets de déclarations ont été qualifiés de sources d'importants principes de droit international[85], notamment par la Cour suprême du Canada[86]. Par conséquent, on ne doit pas sous-estimer leur importance en regard des questions touchant l'existence de droits indigènes internationaux en matière de savoirs traditionnels, peu importe leur statut actuel.

Les groupes de travail de l'OEA et de l'ONU qui se penchent sur les projets de déclarations font porter leurs discussions sur de nombreuses questions épineuses et stimulantes, comme la question du droit des peuples indigènes à l'autodétermination, la nature et la portée des droits collectifs, et l'élaboration détaillée des droits indigènes sur la terre et les ressources. Les deux groupes de travail mènent leurs discussions à partir de textes rédigés par des experts. Même s'il existe d'importantes différences entre eux, notamment le fait qu'on ait accordé aux représentants indigènes une plus grande participation dans le groupe de travail de l'ONU que dans celui de l'OEA, il reste que dans l'ensemble, la plupart des droits décrits par les deux groupes sont similaires. Pour cette raison, la discussion qui suit portera surtout sur le *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des populations autochtones* (le Projet de déclaration). Le Canada participe activement aux processus, et encourage la participation des peuples autochtones.

En 1993, le Groupe de travail des Nations unies sur les populations autochtones (GTPA), formé de cinq experts, a terminé son travail entrepris dix ans auparavant de rédiger une déclaration des droits des peuples autochtones, prenant en compte les contributions qui leur furent communiquées par les États et les peuples autochtones.

En 1995, la Commission des droits de l'homme des Nations unies a créé un groupe de travail (le Groupe de travail *ad hoc*, à composition non limitée, sur le projet de déclaration (GTPD)) dans le but d'élaborer un projet de déclaration sur les droits des populations autochtones devant être adopté par l'Assemblée générale de l'ONU. La Commission s'est aussi engagée, dans la même résolution, à adopter une Déclaration avant la fin de la Décennie internationale des populations autochtones (1994-2004). Lors de sa première rencontre, le GTPD a convenu d'utiliser le projet de déclaration rédigé par les experts comme pierre d'assise de ses travaux.

La fin de la décennie approchant, les pressions se sont accrues au sein du GTPD pour en arriver à une déclaration qui pourrait être transmise pour adoption par l'Assemblée générale. Comme seulement deux ou trois articles du projet de déclaration ont été provisoirement adoptés jusqu'ici, et compte tenu de la diversité des positions défendues par les États au cours des dernières sessions[87], il serait étonnant qu'on réussisse à s'entendre sur un document définitif avant la fin de 2004, date visée pour son adoption. Il est plus probable que le mandat du GTPD sera prolongé pour pouvoir terminer le travail.

Le projet de déclaration comprend une disposition concernant les savoirs traditionnels. L'article 29 prévoit que :

> Les peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels leur soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection.
>
> Les peuples autochtones ont droit à des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leur culture, y compris leurs ressources humaines et autres

77 Pour plus de renseignements au sujet du CIG, consultez le site Web de l'OMPI à http://www.wipo.int/index.html.fr. Le mandat initial du Comité est décrit dans le document de l'OMPI WO/GA/26/6, par. 14, que l'on peut consulter à l'adresse : http://www.wipo.int/documents/fr/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/ga26_6.pdf

78 Pour une récente mise à jour sur les débats au sujet de la relation entre la CDB, l'OMPI et les ADPIC, voir le Volume 4, Numéro 5 de *Bridges Trade BioRes*, à : http://www.ictsd.org/biores/04-03-19/story2.htm, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

79 L'Assemblée générale de l'OMPI a adopté un nouveau mandat « accéléré » pour le CIG de l'OMPI en septembre 2003. Le groupe africain a présenté une proposition à la sixième réunion du CIG, en mars 2004, qu'elle estime conforme à son mandat. Voir : http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_12.pdf, consulté la dernière fois le 30 mars 2004 [http://www.wipo.int/documents/fr/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_12.pdf].

80 La Convention est entrée en vigueur le 5 septembre 1991.

81 On peut consulter le texte de la Convention 169 à l'adresse http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/62.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169].

82 Dans un mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples

> ressources génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle[88].

En 1994, le Secrétariat de la Commission des droits de l'homme a procédé à une révision technique du projet de déclaration dans le but d'en expliquer la genèse ainsi que les liens entre certains articles et de formuler des recommandations aux États afin d'éliminer les dédoublements et rendre le texte plus clair. L'étude ne nous renseigne pas beaucoup sur les principes qui sous-tendent l'article 29, notant l'existence de l'article 8j) dans la CDB. Elle mentionne aussi les travaux entrepris par le Rapporteur spécial sur le patrimoine culturel autochtone touchant l'élaboration de lignes directrices en la matière[89]. Depuis, le Rapporteur spécial a élaboré des *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*. Les directives n'ont pas été adoptées par les membres des Nations unies et ne sont pas exécutoires, mais elles traduisent l'esprit de l'article 29 du projet de déclaration, en précisant notamment :

> Pour être effective, la protection du patrimoine des peuples autochtones devrait être largement fondée sur le principe de l'autodétermination qui comporte le droit des peuples autochtones de conserver et de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale[90].

Même s'il est vrai que l'article 29 et les directives traitent des revendications des peuples autochtones et des objectifs qui en découlent, la déclaration demeure toujours à l'état de projet et les directives sur le patrimoine culturel des peuples autochtones ne sont pas contraignantes. Il n'est pas encore certain que les États parviendront à régler les problèmes soulevés par certains participants, à l'occasion de consultations informelles intersessions qui ont eu lieu avant la rencontre de 2002 du GTPD, concernant les liens entre les principes en jeu dans l'article 29 et les lois en matière de propriété intellectuelle[91].

De manière générale, les travaux du GTPD progressent très lentement. Certains représentants autochtones insistent pour que la déclaration soit soumise à l'Assemblée générale et adoptée telle quelle. La plupart des États qui participent activement au processus, toutefois, demandent que des changements soient apportés à la majorité sinon à l'ensemble de ses articles[92]. Sans être un traité contraignant, une déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones serait largement utilisée par les groupes indigènes et tous ceux qui les appuient (y compris parfois des États) pour défendre leurs intérêts, par des organismes internationaux et autres pour interpréter et définir les droits indigènes internationaux, ainsi que par les tribunaux nationaux pour éclairer leurs interprétations dans le cadre de leur droit interne[93]. Les travaux de l'OEA visant l'adoption d'une déclaration sur les droits autochtones procèdent selon un échéancier similaire, et cette déclaration sera sans doute également largement utilisée si jamais elle est adoptée, cependant, à l'échelle des Amériques plutôt qu'à l'échelle mondiale.

Instruments internationaux relatifs aux droits de la personne en général

PIRDESC et PIRDCP

Le Canada a ratifié deux importants instruments internationaux en matière de droits de la personne : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDCP) et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIRDESC). Les deux contiennent des articles qui sont liés aux savoirs traditionnels, mais aucun de ces articles ne porte spécifiquement sur le droit des peuples autochtones à posséder et à contrôler leurs savoirs traditionnels, ni sur aucun autre droit autochtone d'ailleurs. Ces instruments sont cependant exécutoires pour les États

autochtones en 1995, James Anaya écrit que la Convention « représente toutefois un noyau dur d'attentes largement répandues internationalement et, à ce titre, elle traduit le droit international coutumier en voie d'émergence, qui, d'une façon générale, lie les différentes unités constituantes de la communauté internationale ». J. Anaya, L'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones du Québec en vertu du droit international, *in* Commission royale sur les peuples autochtones, *L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, Volume 1: Dimensions internationales*, 1995, p. 20. Compte tenu du nombre restreint de Parties à la Convention, on pourrait dire qu'Anaya exagère l'importance de la Convention dans l'élaboration du droit international coutumier.

83 Par exemple, l'Assemblée générale de l'ONU et la Commission des droits de l'homme de l'ONU adoptent des résolutions sur des questions autochtones chaque année depuis plusieurs années. Ces déclarations sont des appels pressants qui n'ont cependant pas de caractère impératif. Certains font valoir qu'elles auront pour effet de définir des normes internationales avec le passage du temps, surtout lorsqu'il existe d'autres éléments indiquant

qui les ont ratifiés et ils définissent des droits de l'homme universels qui peuvent s'appliquer à la situation des peuples autochtones.

Une des sources possibles en matière de droits de la personne qui s'appliquerait à la question de savoir si les groupes autochtones ont le droit à la protection de leurs savoirs traditionnels se trouve à l'article 15 du PIRDESC. Parmi les dispositions de ces deux Pactes, cet article est celui que l'on considère le plus pertinent quant aux droits relatifs à la propriété intellectuelle et aux questions culturelles en général[94]. La relation entre les droits de l'homme et les droits de propriété intellectuelle a été assez peu étudiée à l'échelle internationale, sauf récemment. Jusqu'ici, on a eu tendance à considérer que les droits de propriété intellectuelle étaient associés à des intérêts économiques. Cette façon de voir a été profondément remise en question par la crise du VIH/sida dans certaines parties du monde, notamment en Afrique subsaharienne, et par les liens qui ont été établis entre la pandémie et certaines restrictions limitant l'accessibilité aux traitements contre le VIH[95]. La question des savoirs traditionnels est un autre point qui est soulevé dans ce débat, mais qui est jusqu'ici presque éclipsée par ce problème d'accès.

L'article 15 se lit ainsi :

1. Les États Parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

   a. de participer à la vie culturelle;

   b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;

   c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

2. Les mesures que les États Parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.

3. Les États Parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

4. Les États Parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture[96].

Dans un rapport rédigé pour la 24e session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), on a relevé trois éléments pertinents en matière de droits de l'homme et de propriété intellectuelle eu égard à l'interprétation à donner à l'article 15 : (1) Face au développement d'une économie mondiale, dans laquelle la propriété intellectuelle joue un rôle central, il est particulièrement nécessaire, pour les défenseurs des droits de l'homme, de revendiquer comme droits humains les droits des auteurs, des créateurs et des inventeurs, qu'il s'agisse d'individus, de groupes ou de collectivités. (2) Il est tout aussi important de protéger le droit de tous dans la communauté mondiale d'avoir accès aux savoirs. (3) Enfin, il convient de se demander si les lois applicables en matière de propriété intellectuelle respectent la dignité humaine et permettent la réalisation des autres droits de l'homme[97].

Bien que ces considérations soient sans doute importantes, la valeur de l'article 15 comme source de droits relativement aux savoirs traditionnels est peut-être limitée, en partie parce qu'il n'a pas fait l'objet de beaucoup d'attention, y compris par le CDESC, jusqu'à récemment[98]. Par conséquent,

qu'elles traduisent des principes de droit généralement acceptés.

84 Le *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des populations autochtones* est inclus dans le document E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1 (1994). Voir : www1.umn.edu/humanrts/instree/declra.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.Fr?OpenDocument]. Le *Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones* a été approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 26 février 1997. C'est ce texte qui sert aux discussions qui se poursuivent depuis. Le président du groupe de travail chargé de rédiger le projet de déclaration a préparé un texte unifié qui comprend les révisions proposées en date de juin 2003. Le texte est affiché à : http://www.dialoguebetweennations.com/OASdeclaration/english/ConsolidatedTextofDD.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [http://www.oas.org/consejo/fr/cajp/populations%20documents.asp#2004.].

85 Voir Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Report 75/02, 27 décembre 2002, par. 128 à 130; Commission interaméricaine, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, Report 96/03, 24 octobre 2003; et Cour interaméricaine

on dispose de peu d'outils pour l'interpréter ou savoir dans quelle mesure il s'applique aux savoirs traditionnels.

On peut attribuer le peu d'attention accordée à l'article 15 en partie au fait qu'on ait attaché moins d'importance aux droits économiques, sociaux et culturels qu'aux droits civils et politiques, plus concrets[99]. De plus, il n'existe pas de mécanisme permettant aux particuliers ou aux groupes de se plaindre contre les États en vertu du PIRDESC, ce qui a limité les possibilités d'étoffer le contenu de cet article[100].

Mais ce qui importe le plus aux fins du présent chapitre, c'est que l'article 15 ne reflète pas les vues des Autochtones au sujet des savoirs traditionnels. Le droit décrit dans cet article, comme tous les droits énoncés dans le PIRDESC et le PIRDCP, à l'exception de l'article premier qui leur est commun, soit le droit des peuples à l'autodétermination, est défini comme un droit individuel. Cette vision des droits décrits dans les Pactes n'est pas compatible avec celle selon laquelle les savoirs traditionnels sont des droits collectifs qui appartiennent aux communautés indigènes qui peuvent en disposer à leur gré. De plus, même si la communauté internationale a reconnu que tous les droits de l'homme étaient reliés les uns aux autres[101], les droits définis dans les deux Pactes sont formulés en termes discrets. Comme nous l'avons dit plus haut, l'affirmation d'un droit de contrôler les savoirs traditionnels est liée à des revendications plus larges des peuples indigènes touchant la propriété collective de la terre, les droits culturels et le droit de disposer d'eux-mêmes, lesquels ne sont pas explicités dans les deux Pactes.

De plus, l'importance que l'article 15 accorde au partage global des innovations intellectuelles ne répond pas aux intérêts divergents que les peuples indigènes peuvent avoir à contrôler l'accès aux savoirs traditionnels ou, s'ils consentent à accorder un tel accès, la manière dont ces savoirs seront utilisés. La volonté des communautés autochtones de conserver la mainmise sur leurs savoirs traditionnels ne signifie pas nécessairement qu'elles voudront les garder secrets, mais peut signifier que les intérêts de la communauté à qui les connaissances appartiennent pourraient se voir accorder un poids plus grand que l'intérêt que pourraient avoir les autres à utiliser ces connaissances. L'article 15 en lui-même ne permet pas d'assurer l'équilibre voulu parce qu'il se fonde sur l'idée que les intérêts concurrents sont ceux du créateur individuel opposés à ceux de la société dans son ensemble. En encourageant les créateurs à partager leurs innovations sous la forme d'un monopole de droits de propriété pendant une période déterminée, le système de propriété intellectuelle correspond sans doute aux valeurs exprimées dans l'article 15, mais ne prend pas en compte d'importantes considérations pour les communautés autochtones en ce qui a trait à leurs savoirs traditionnels.

Une autre source de droits pertinente pour les savoirs traditionnels, peut-être plus féconde, est l'article 27 du PIRDCP, portant sur le droit des personnes d'avoir leur propre vie culturelle en commun avec les autres. L'article 27 se lit ainsi :

> Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue[102].

Le Comité des droits de l'homme a étudié plusieurs plaintes formulées par des Autochtones contre le gouvernement des pays où ils vivent, y compris le Canada[103]. Ces plaintes toutefois portent généralement sur la participation des personnes à certaines activités traditionnelles ou sur leur

des droits de l'homme, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, jugement rendu le 31 août 2001 (Ser. C) No. 79 (2001), opinion concordante du juge Sergio Garcia Ramirez. À l'opposé, Russel Barsh fait remarquer que, si elles sont adoptées, les déclarations n'auront essentiellement qu'un caractère consultatif, et que les déclarations provenant de l'ONU sont rarement considérées comme des sources de droit par les tribunaux nationaux (Barsh, *supra* note 17, p. 11 et 12.)

98 La Cour fait référence aux projets de déclarations de l'ONU et de l'OEA ainsi qu'à la Convention 169 de l'OIT dans l'arrêt *Mitchell c. M.N.R.* [2001] 1 R.C.S. 911.

99 Voir, par exemple, les deux derniers rapports du président-rapporteur du Groupe de travail: E/CN.4/2003/92 et E/CN.4/2004/81.

possibilité de profiter de certaines lois ou programmes disponibles seulement pour certaines catégories de personnes appartenant à une communauté autochtone dans l'État concerné[104]. Aucune plainte n'a été portée visant directement les savoirs traditionnels.

Il reste que le Comité a élaboré sa propre jurisprudence en la matière en étudiant ces plaintes. Ainsi, dans son Observation générale relative à l'article 27, le Comité a montré sa volonté de tenir compte de certains aspects des revendications en matière de droits autochtones liés à la culture. Par exemple, Le Comité a indiqué que « l'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi », et que « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones »[105].

Dans sa façon d'aborder les plaintes des groupes autochtones, le Comité semble considérer qu'il appartient aux États de concilier les intérêts concurrents, mais en tenant fondamentalement compte des droits qui sont en jeu. Par exemple, le Comité a déclaré que :

> Il est compréhensible qu'un État puisse souhaiter encourager le développement des entreprises ou d'en favoriser l'activité économique. Sa latitude en la matière ne doit pas être évaluée par rapport à une marge de liberté d'appréciation mais par rapport aux obligations auxquelles il a souscrit au titre de l'article 27, lequel dispose qu'un membre d'une minorité ne doit pas se voir dénier le droit de jouir de sa propre culture. Des mesures dont l'effet équivaut à dénier ce droit ne sont donc pas compatibles avec les obligations souscrites au titre de l'article 27. Mais des mesures ayant un certain effet limité sur le mode de vie de personnes appartenant à une minorité n'équivaudront pas nécessairement à un déni du droit énoncé à l'article 27[106].

Pour déterminer si des mesures ont pour effet de dénier à une minorité le droit de jouir de sa propre culture plutôt que d'avoir simplement un effet limité sur son mode de vie, le Comité examinera si les membres de la minorité en question ont eu la possibilité de participer au processus de décision lié aux mesures faisant l'objet de la plainte, et si la minorité pourra continuer de tirer profit de son économie traditionnelle[107]. Parmi les grands principes liés à l'article 27 qui ont été définis par le Comité, mentionnons les suivants : (1) il faut réaliser un équilibre entre l'intérêt de poursuivre les activités gouvernementales et l'obligation de protéger les droits fondamentaux des personnes en cause; (2) les communautés autochtones touchées doivent participer à la prise des décisions les concernant; (3) les communautés autochtones touchées doivent continuer de tirer profit de leurs activités économiques traditionnelles après le début des activités gouvernementales. Chacun de ces principes pourrait s'appliquer à toute plainte que pourraient formuler les groupes autochtones préoccupés par les impacts des activités gouvernementales sur leurs savoirs traditionnels[108].

L'article 27 est d'une utilité limitée pour déterminer les enjeux que soulèvent les savoirs traditionnels. Premièrement, selon le Comité des droits de l'homme, le Protocole facultatif du PIRDCP prévoit un processus permettant aux individus, mais non aux groupes, de formuler des plaintes, ce qui limite son utilité pour les peuples autochtones[109]. De plus, le Comité a reconnu que la formulation des droits qu'il doit interpréter lui impose certaines restrictions. En précisant que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes reconnu dans l'article premier du PIRDCP et le droit protégé par l'article 27 sont différents, le Comité affirme que l'article 27 confère un droit individuel à des particuliers et non un droit appartenant aux peuples[110]. Enfin, l'article 27 décrit un droit de jouir de sa propre vie culturelle en commun avec les autres. Il ne décrit pas le droit d'une communauté de posséder et de contrôler ses propres biens culturels, dont possiblement des savoirs traditionnels, ne répondant ainsi

nullement aux revendications formulées par les groupes autochtones concernant ces savoirs.

Il y a aussi lieu de noter que l'article 15 du PIRDESC et l'article 27 du PIRDCP énoncent des droits individuels et que ces articles, comme les autres dispositions des Pactes, peuvent limiter les mesures que peuvent prendre les États et les gouvernements indigènes (comme les gouvernements autochtones ayant conclu une entente d'autonomie gouvernementale au Canada) en réponse aux revendications des peuples autochtones voulant qu'ils aient un droit collectif de disposer de leurs savoirs traditionnels. En l'absence notable d'une affirmation largement acceptée des droits collectifs des groupes autochtones à l'échelle internationale, l'équilibre requis entre les droits individuels reconnus dans les Pactes et les droits collectifs revendiqués risque fort de pencher en faveur des droits individuels, puisque leur statut au regard du droit international n'est généralement pas remis en question.

Cela peut vouloir dire, par exemple, que les mesures législatives ou politiques visant à protéger le droit des peuples autochtones à conserver la mainmise sur leurs savoirs traditionnels devront peut-être céder le pas au droit qu'a toute personne, autochtone ou non, de bénéficier des progrès scientifiques ou de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre[111]. Comme les droits collectifs des peuples autochtones n'ont pas été définis de manière élaborée et généralement acceptée à l'échelle internationale, le cadre permettant de déterminer les principes, les priorités et les arbitrages appropriés en cas de conflit entre les droits individuels et collectifs demeure aussi à élaborer.

Le système interaméricain des droits de l'homme

Les droits autochtones ont été étudiés par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la Cour IA) et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (la Commission IA), les deux ayant été instituées en vertu de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CARDH). Le Canada n'est pas partie à la CARDH, mais comme il est membre de l'Organisation des États américains (OEA), il est assujetti à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (la Déclaration américaine). Les particuliers peuvent porter plainte devant la Commission IA contre un État membre de l'OEA qui aurait violé un article de la Déclaration. Les rapports de la Commission sur le bien-fondé de ces plaintes n'ont pas de caractère exécutoire, mais on leur reconnaît un poids moral à l'échelle internationale.

La Cour IA et la Commission IA ont toutes deux manifesté un vif intérêt pour les droits des peuples autochtones des Amériques. Jusqu'ici, les affaires mettant en cause des peuples autochtones qui ont été soumises à l'attention de ces organismes ont porté sur des questions de droits autochtones sur des biens immobiliers. Compte tenu des liens qui existent entre les savoirs traditionnels et les terres ancestrales des Autochtones, ces affaires pourraient s'avérer décisives, notamment en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques qui se trouvent sur ces terres. Dans une affaire importante dont était saisie la Cour IA, par exemple, les droits de coupe concédés à une compagnie forestière étrangère établie au Nicaragua ont été suspendus, en attendant que les terres ancestrales du groupe autochtone concerné aient fait l'objet des mesures prévues par les lois internes du Nicaragua concernant l'arpentage et les titres fonciers[112]. En ce qui a trait aux liens entre les savoirs traditionnels et les droits culturels reconnus par la Déclaration américaine, il est aussi intéressant de noter que la Commission a décidé qu'elle pouvait se pencher sur une plainte formulée par une personne autochtone contre le Canada fondée sur l'argument voulant que les pratiques commerciales traditionnelles entre différents groupes autochtones au delà des frontières nationales étaient un droit culturel protégé[113].

[111] Projet de déclaration de l'ONU, *supra*, note 84. Le texte consolidé du *Projet de déclaration américaine des droits des populations autochtones* comporte les dispositions suivantes concernant les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle : [Traduction] « 1. Les peuples autochtones ont droit à la reconnaissance, à la propriété, au contrôle, au développement et à la protection de leur patrimoine culturel grâce à des régimes spéciaux qui tiennent compte de la nature communautaire de cette propriété. Ces régimes doivent être établis avec leur consentement éclairé et leur participation. 2. Les peuples autochtones ont aussi droit à la protection juridique de cette propriété grâce à des brevets, marques commerciales, droits d'auteur et autres procédures de protection de la propriété intellectuelle. 3. Le patrimoine des peuples autochtones comprend notamment les savoirs, les conceptions et procédures ancestrales, les expressions artistiques, spirituelles, technologiques, scientifiques et biogénétiques, ainsi que les connaissances et leurs propres innovations liées à l'utilité et aux propriétés des plantes médicinales ». V*supra*, note 84.

En général, la Commission IA et la Cour IA ont montré qu'elles étaient disposées à tenter d'interpréter les mots de la CARDH et de la Déclaration américaine de manière à tenir compte de la conception communautaire que les peuples autochtones se font de leurs droits, du moins en ce qui a trait au droit à la propriété décrit dans ces instruments[114]. Même si aucune n'a été saisie de plaintes portant spécifiquement sur les droits de ces peuples de disposer de leurs savoirs traditionnels, la souplesse et l'intérêt dont elles ont fait preuve en ce qui concerne les revendications des peuples autochtones sont dignes de mention, ce qui confère au système interaméricain une importance particulière dans l'élaboration du droit international en matière de droits autochtones.

Le droit à l'autodétermination

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a un important rôle à jouer pour déterminer l'existence et la portée des droits autochtones. Par conséquent, même si ce droit est décrit dans l'article premier commun aux deux Pactes, nous en discutons ici séparément, plutôt que relativement à l'article 15 du PIRDESC et l'article 27 du PIRDCP.

Dans son historique de la Conférence de la paix tenue à Paris en 1919 durant laquelle le Traité de Versailles a été négocié et où les frontières de l'Europe, du Moyen-Orient et d'autres parties du monde ont été redéfinies par les grandes puissances de l'époque, Margaret MacMillan cite le président américain Woodrow Wilson, ardent défenseur du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, un concept nouveau à l'époque, qui a déclaré : [TRADUCTION] « Quand j'ai prononcé ces mots [que toutes les nations avaient le droit de disposer d'elles-mêmes], je l'ai fait sans savoir que des nationalités existaient, se manifestant à nous jour après jour »[115]. Bien sûr, personne n'aurait dû s'étonner du fait que la notion selon laquelle les peuples devaient être libres de déterminer leur statut politique et de poursuivre leur développement économique, social et culturel soit reçue avec autant d'enthousiasme par tous ceux qui s'estimaient opprimés ou mal gouvernés à l'époque du déclin des puissances impériales.

Pendant une bonne partie du XX^e^ siècle, le principe du droit à l'autodétermination, dorénavant reconnu comme un droit des peuples dans l'article premier commun au PIRDCP et au PIRDESC, était considéré comme étant lié à la décolonisation. Mais en ce qui concerne les peuples autochtones, la perception est quelque peu différente. Il est certain que les revendications autochtones du droit à l'autodétermination remettent en question l'idée selon laquelle l'État est l'organe dominant auquel il faut s'identifier et porter allégeance, mais elles ne signifient pas un rejet complet de son rôle. Kingsbury note que [TRADUCTION] « la plupart des groupes qui participent au mouvement international d'émancipation des peuples autochtones [...] veulent continuer à avoir une relation durable avec l'État dans lequel ils se trouvent »[116].

Le droit international ne définit pas encore qui sont les « peuples » qui ont le droit à l'autodétermination, ni en quoi consiste exactement ce droit. Selon la perspective traditionnelle mentionnée plus haut, les « peuples » visés par l'article premier des Pactes s'entendent de la population entière d'un État existant et des « peuples » qui vivent en situation coloniale. Le droit à l'autodétermination correspond alors au droit à un État indépendant. Selon cette perspective traditionnelle, la population entière du Canada, par exemple, constitue un peuple aux fins de l'article premier. Les communautés autochtones et les autres groupes infranationaux du Canada participent à l'exercice de ce droit à l'autodétermination en faisant partie du peuple canadien, en ayant le droit de vote et de prendre part au processus de gouverne, et possiblement en ayant droit à des mesures spéciales visant à répondre à leurs besoins et intérêts particuliers.

---

89 Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Révision technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Note du secrétariat , E/CN.4/Sub.2/1994/2, par. 49 à 51 et 97. Il est intéressant de noter que l'étude n'établit pas de lien entre l'article 29 du projet de déclaration et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, discuté plus loin.

90 On trouvera le texte des *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones* à l'annexe 1 du document E/CN.4/sub.2/2000/26.

91 Les préoccupations sont résumées dans le document *Summary of the Informal Intersessional Consultations*, Genève du 16 au 19 septembre 2002, qui est affiché à l'adresse http://www.treatycouncil.org/new_page_552.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

92 *Supra*, note 87.

La Cour suprême du Canada a donné son avis sur le droit international à l'autodétermination dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans sa décision, la Cour fait remarquer que « peu de précisions formelles sont apportées à la définition de 'peuple' » et que « le sens du mot 'peuple' demeure incertain ». Elle n'a cependant pas proposé elle-même de définition. Elle a toutefois noté que dans certaines circonstances, « un 'peuple' peut s'entendre d'une partie seulement de la population d'un État existant » et que « le mot 'peuple' ne vise pas nécessairement l'entière population d'un État »[117].

Dans un document de travail présenté à la 6e session du Groupe de travail des Nations unies sur les minorités, Asbjorn Eide note qu'il existe toujours un débat quant à savoir si les peuples autochtones sont des « peuples » au sens de l'article premier des Pactes, et il soulève des questions sur la portée de ce droit, notamment en ce qui a trait à la notion de souveraineté territoriale. Eide souligne que la discussion sur la relation entre l'article premier et la référence à l'autodétermination dans le projet de déclaration a été l'un des éléments les plus controversés du processus :

> 13. Un long débat a eu lieu ... [au sein] du Groupe de travail ... Les représentants des groupes autochtones se sont prononcés en faveur d'un droit intégral à l'autodétermination, même si cela ne signifiait pas nécessairement que ce droit serait invoqué pour se séparer des États dont ces peuples faisaient aujourd'hui partie. Les représentants des gouvernements se sont opposés à l'inclusion du droit à l'autodétermination ou se sont efforcés de lui donner un sens plus restreint que l'interprétation qui en était faite dans le contexte de la décolonisation.
>
> 14. Deux interprétations révisées du droit à l'autodétermination sont actuellement en discussion. L'une concerne l'autodétermination dite autodétermination « interne » laquelle désigne essentiellement le droit à une gouvernance effective et démocratique à l'intérieur d'États, ce qui permet à l'ensemble de la population de déterminer son statut politique et d'assurer son développement. L'autre voudrait assimiler le droit à l'autodétermination au droit à un certain degré – non précisé – d'autonomie dans le cadre d'États souverains[118].

Selon Eide, les notions d'autonomie territoriale et d'autonomie culturelle devraient normalement demeurées distinctes, à la fois au plan conceptuel et au plan pratique :

> ... il est difficile d'accepter un principe d'autonomie territoriale strictement fondée sur des critères ethniques, car une telle démarche irait à l'encontre des principes fondamentaux d'égalité et de non-discrimination entre individus pour des motifs raciaux ou ethniques. Il y a, d'un autre côté, de solides arguments en faveur de formes d'autonomie culturelle qui permettraient de maintenir une identité collective[119].

Toutefois, il poursuit en notant qu'un « trait particulier des peuples autochtones, c'est que la préservation de l'autonomie culturelle suppose un degré considérable d'autogestion et de contrôle sur les terres et les autres ressources naturelles »[120]. En d'autres mots, il est difficile de séparer le concept d'autonomie culturelle de celui d'autonomie territoriale dans une définition du droit à l'autodétermination applicable aux groupes autochtones. Cela signifie que plusieurs des défis conceptuels les plus délicats liés à l'application de ce droit dans le cas des peuples autochtones ne peuvent pas être facilement être mis de côté pour le motif que les savoirs traditionnels relèvent en réalité de l'autonomie culturelle, particulièrement si l'on considère l'étroite relation qui existe entre les connaissances, pratiques

[93] Il est toujours possible que la déclaration, si elle est adoptée, serve de base pour un nouveau traité sur les droits autochtones, même si la lenteur du processus de négociation jusqu'ici indique que cela risque de prendre beaucoup de temps.

[94] L'article 15 du PIRDESC s'inspire de l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH). On trouve un article semblable dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*.

[95] Cette question est discutée dans le chapitre du présent document portant sur les brevets.

[96] PIRDESC, article 15.

et innovations traditionnelles, d'une part, et les activités rattachées aux ressources naturelles, d'autre part.

Les questions relatives au droit à l'autodétermination des peuples autochtones ont reçu beaucoup d'attention durant les réunions du GTPD[121]. Les discussions s'y sont déroulées avec pour toile de fond l'article 3 du projet de déclaration, qui se lit :

> Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel[122].

Les États et les représentants des peuples autochtones ont fait porter l'essentiel de leurs discussions sur les liens entre l'article 3 et l'article premier des deux Pactes, sur la portée et le contenu du droit à l'autodétermination tel qu'exercé par les communautés autochtones au sein des États démocratiques existants, ainsi que sur les liens entre les droits individuels des membres de ces communautés et les droits collectifs. De façon plus générale, la notion de droit à l'autodétermination des peuples autochtones soulève plusieurs questions difficiles, notamment les suivantes : qui constitue un 'peuple' autochtone; qui fait partie de la communauté; une communauté autochtone peut-elle être un peuple si elle n'a pas d'assise territoriale; le droit à l'autodétermination peut-il s'appliquer de manière différente à différents peuples autochtones au sein d'un même État; ce droit peut-il être exercé tout en respectant l'intégrité politique, constitutionnelle et territoriale de l'État; enfin, quel est le juste équilibre à atteindre entre les droits individuels et les droits collectifs »[123]?

Ces questions peuvent paraître se situer en périphérie de celles qui concernent les droits relatifs aux savoirs d'une communauté, mais elles sont pertinentes si l'on veut comprendre comment la revendication d'un « droit sur les savoirs traditionnels » s'articule avec la revendication d'un droit à l'autodétermination. Vu l'absence de consensus à l'échelle internationale au sujet de la portée et du contenu du droit à l'autodétermination, il devient donc hasardeux de s'appuyer sur l'un pour protéger l'autre. Une communauté autochtone, par exemple, affirmant que le mauvais usage de certains éléments de ses savoirs traditionnels par un chercheur de l'extérieur est contraire à son droit à l'autodétermination, peut découvrir, après une analyse approfondie du droit international applicable, qu'elle n'est pas un « peuple » aux fins de l'exercice de ce droit. Une autre communauté, affirmant que l'information communiquée à un tiers par l'un de ses membres est malgré tout assujettie à son contrôle en raison de son droit à l'autodétermination, peut apprendre que tout effort en vue de restreindre la possibilité pour un individu de partager de l'information à certaines fins, par exemple la santé ou le bien-être personnel, est contraire au droit international applicable en matière de droits de la personne[124].

D. Résumé

Il n'existe pas encore de droit des peuples autochtones à disposer de leurs savoirs traditionnels qui soit largement reconnu en droit international. Même si on peut dire qu'une communauté autochtone peut exercer sa mainmise sur les connaissances qu'elle possède simplement en refusant de les rendre publiques, on ne sait trop ce qu'elle pourrait faire, en terme de droits, pour empêcher ses membres de partager de l'information avec des tiers, ou

97 A. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'Homme : obligations découlant de l'art. 15(1) c) », mémoire présenté au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 24e session, E/C.12/2000/12, 3 octobre 2000, par. 5. Voir : http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=6264&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

98 *Ibid.*, par. 25. [Traduction] « Cela est en train de changer. Le *CDESC* a rédigé un projet d'observation générale sur l'article *15(1)c)* qu'il a soumis à un petit groupe d'experts en août *2004* et à l'occasion de sa 33e session en novembre *2004*. Sous la pression d'organisations non gouvernementales, le Comité n'a pas adopté le projet avant qu'il soit étudié plus à fond. »

99 Voir A. Eide et A Rosas, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", in *Economic, Social and Cultural Rights*, 2nd ed., 2001, ed. A Eide.

100 Cela pourrait changer. Un groupe de travail des Nations unies a été formé pour examiner s'il y a lieu de créer un mécanisme de plainte en vertu du PIRDESC, semblable au protocole optionnel du PIRDCP.

101 Voir la *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, par exemple.

102 PIRDCP, article 27.

103 On peut trouver une liste complète de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme relative aux plaintes formulées par les peuples autochtones à l'adresse http://www.bayefsky.com, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

pour empêcher des tiers d'utiliser des savoirs traditionnels qui appartiennent déjà au domaine public.

En ratifiant la CDB, 188 États ont accepté une obligation quelque peu limitée de respecter, de préserver et de maintenir les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones associées à la conservation de la diversité biologique. Même si la CDB n'est pas en elle-même un instrument de défense des droits de la personne, on parle de plus en plus de « droits » dans les décisions de la CdP et au sein des groupes de travail relatifs à la CDB.

Les sources permettant d'étayer de tels « droits » semblent plutôt minces : (1) les droits de l'homme universellement reconnus que l'on retrouve dans le PIRDCP et le PIRDESC ne comprennent pas de droits collectifs, ni de droits autochtones en particulier, ni le droit de disposer des savoirs traditionnels, même si l'article 27 du PIRDCP pourrait être pertinent dans le cas d'une personne autochtone empêchée de jouir de sa culture en commun avec les autres, y compris possiblement de ses savoirs traditionnels — l'article pourrait alors être invoqué devant les tribunaux dans les pays qui ont accepté le Protocole facultatif[125]; (2) même si les organismes chargés d'interpréter la CARDH et la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* ont fait preuve de souplesse et d'intérêt à l'égard des questions concernant les peuples autochtones, ils n'ont été saisis jusqu'ici d'aucune plainte relative aux savoirs traditionnels; (3) la Convention 169 de l'OIT n'a pas été ratifiée par un très grand nombre de pays et ne traite pas du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes de façon générale, ni du droit à disposer de leurs savoirs traditionnels en particulier; (4) le projet de déclaration demeure empêtré dans un long débat, alors que le mandat du GTPD tire à sa fin[126]; (5) enfin, le droit à l'autodétermination doit être mieux étudié et analysé avant que sa reconnaissance dans le cas des peuples autochtones ne soit largement acceptée, ou avant que les gouvernements et les peuples autochtones comprennent bien ce que son application implique.

Malgré ces limites, chacune de ces sources potentielles de droits fournit des arguments qui appuient les revendications faites par des représentants autochtones, comme nous en avons tracé un portrait très succinct ci-dessus.

Des restrictions semblables en droit international font que toute revendication relative aux droits autochtones internationaux présente de grands défis, et a fortiori dans le domaine des savoirs traditionnels. Cela n'a pas empêché les tribunaux internationaux et nationaux de s'inspirer des instruments juridiques internationaux et des rebondissements récents en politique internationale qu'ils considèrent liés à ces revendications et susceptibles de constituer des sources de droit international coutumier[127]. Même si les nouvelles normes internationales concernant les droits des peuples autochtones ne définissent peut-être pas des obligations claires ou complètes, elles fournissent néanmoins des orientations aux États qui veulent adopter des politiques en matière de biotechnologie qui tiennent compte des impacts sur les intérêts des peuples autochtones. Cela est particulièrement vrai pour un pays comme le Canada qui est partie à la CDB et qui participe activement aux processus internationaux où les droits des Autochtones sont discutés, élaborés et analysés.

En demeurant prudent, on peut résumer ces orientations comme suit : (1) on a accordé aux peuples autochtones et aux questions qui les concernent un statut spécial dans les négociations internationales ayant une incidence sur leurs intérêts, ce qui indique que l'on reconnaît un certain mérite à leurs revendications; (2) les personnes autochtones jouissent des droits de la personne reconnus en droit international — les organismes de suivi des traités se penchent sur les plaintes qu'elles formulent, même si les instruments internationaux de défense des droits de l'homme qu'ils sont chargés d'interpréter n'abordent pas les droits autochtones de manière spécifique; (3) la notion voulant que les peuples autochtones ont des droits collectifs, y compris un certain droit à l'autodétermination, fait son chemin à l'échelle internationale, et est de plus en plus considérée par la communauté internationale comme une base pour de plus amples discussions et pour la création de normes, même si le juste équilibre entre les droits collectifs et les droits

individuels n'a pas encore été établi, et qu'aucune description de ce droits n'a encore été largement acceptée; (4) la relation particulière que les peuples autochtones entretiennent avec la terre, et avec leurs pratiques culturelles et leurs traditions, constitue un élément important dans les discussions entourant les questions autochtones à l'échelle internationale; (5) enfin, de façon plus générale, le cours des développements survenus un peu partout dans le monde confirme que la nécessité de respecter les peuples et les communautés autochtones dans nos lois et nos politiques est de plus en plus reconnue. Ce faisant, les États doivent cependant aussi respecter les droits de tous et tenir compte d'autres aspects importants de l'intérêt public. Chacune des « orientations » qui précèdent a une certaine pertinence quant à question de savoir s'il existe pour les peuples autochtones un droit de propriété et de contrôle sur leurs savoirs traditionnels.

Pour ce qui est de la biotechnologie et des savoirs traditionnels en particulier, on peut dire que : (1) les nombreux pays qui ont ratifié la CDB, dont le Canada, ont pris plusieurs engagements relativement aux savoirs traditionnels; (2) les questions autochtones sont au centre du débat international sur le traitement à accorder aux savoirs traditionnels dans les régimes internationaux de propriété intellectuelle, sur les mesures à prendre en matière d'accès et de partage des avantages, ainsi que sur les mesures environnementales et de conservation, entre autres sujets; (3) les peuples autochtones se sont vu reconnaître un rôle à jouer dans l'identification des problèmes et l'élaboration de solutions en matière de savoirs traditionnels dans différents forums, où leur niveau de participation est tel qu'il n'est pas très différent de celui des États; (4) les questions entourant les savoirs traditionnels sont de plus en plus souvent abordées sous l'angle des « droits »; (5) bien qu'elles soient imparfaites, peu élaborées par les tribunaux internationaux ou nationaux en ce qui concerne leur application aux savoirs traditionnels, ou, comme dans le cas du Projet de déclaration, incomplètes et destinées peut-être à le demeurer, les sources de normes internationales touchant les droits autochtones peuvent nous aider à mieux comprendre les discussions sur les droits entourant les savoirs traditionnels.

En effet, toutes les parties intéressées doivent savoir que les tribunaux pourront bien vouloir s'inspirer des sources mentionnées plus haut s'ils sont appelés à se prononcer sur des questions concernant l'existence, la nature et la portée des « droits en matière de savoirs traditionnels ». Même si c'est la valeur (ou absence de valeur) juridique de ces sources qui devrait déterminer le poids qu'il y a lieu de leur accorder, le fait que certaines n'aient aucune valeur juridique n'empêchera pas les juges de considérer qu'elles constituent une toile de fond utile, ni n'empêchera les gouvernements et autres parties intéressées de s'en inspirer pour déterminer de quelle manière aborder la question des savoirs traditionnels dans leurs lois et politiques.

7.4.3 La situation au Canada

Il est important de se rappeler que les réalités juridiques, politiques, économiques, sociales et culturelles des peuples autochtones du Canada sont incroyablement diversifiées. Si l'on voulait faire un recensement complet et détaillé des droits relatifs aux savoirs traditionnels et à la biotechnologie, il faudrait s'attarder de façon indépendante à chacun des trois grands groupes autochtones du Canada – les Inuits, les Métis et les Premières nations, soit les « peuples autochtones du Canada » pour employer la terminologie de la *Loi constitutionnelle de 1982*[128]. Il faudrait peut-être aussi faire d'autres distinctions entre les groupes qui bénéficient du « statut d'Indien », en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et les autres; entre ceux qui vivent sur une réserve, et les autres; entre ceux qui vivent en milieu urbain, et ceux qui vivent dans des régions éloignées; entre les groupes qui ont signé des traités historiques et ceux qui ont conclu des ententes modernes en matière de revendications territoriales ou d'autonomie gouvernementale; et peut-être aussi entre les personnes ou les communautés qui sont parvenues à conserver et à enrichir leurs traditions et leur culture depuis le contact avec les Européens et celles qui, avec le passage du temps et les aléas des interactions avec la société non autochtone, n'y sont pas parvenues. Ces importants détails vont bien au delà de la portée du présent chapitre. La discussion qui suit portera plutôt et de façon plus générale sur une analyse des droits ancestraux et issus de traités des

peuples autochtones et leurs conséquences en droit canadien en ce qui a trait aux savoirs traditionnels. Comme pour la discussion sur le volet international qui précède, la question principale est de savoir s'il existe en droit canadien un fondement à l'assertion selon laquelle les peuples autochtones ont le droit de posséder et de disposer de leurs savoirs traditionnels.

Toute réponse à cette question demeure purement hypothétique, car les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu à examiner si un tel droit existe. De plus, comme nous le verrons plus loin, l'existence de droits ancestraux en droit canadien est établie en fonction des faits pertinents et des circonstances particulières du groupe revendiquant ces droits. Une décision selon laquelle un groupe jouit de droits ancestraux compte tenu des faits particuliers en cause ne signifie pas nécessairement que d'autres groupes autochtones au Canada jouissent des mêmes droits. Le droit canadien concernant les Autochtones est tel qu'il est impossible de se prononcer de manière générale sur l'existence ou non de ces droits.

Il y aurait lieu de noter aussi qu'en raison de la nature des savoirs traditionnels, considérés comme un bien collectif plutôt qu'individuel, nous nous attarderons dans cette section aux droits collectifs, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones, plutôt qu'aux droits fondamentaux qui sont protégés en vertu du droit interne du Canada. Nous avons présenté un tour d'horizon du cadre juridique canadien s'appliquant aux droits de la personne dans le chapitre 1 de notre étude, il est donc inutile de nous répéter ici. Nous présentons cependant brièvement dans la section C ci-dessous le cadre permettant d'aborder les conflits qui peuvent survenir entre les droits individuels de la personne et les droits collectifs des peuples autochtones.

A. Le contexte national en matière de biotechnologie, de droits et de savoirs traditionnels

La participation active du Canada dans les forums internationaux où les discussions relatives aux savoirs traditionnels ont occupé le devant de la scène nous permet de décrire le contexte national dans lequel se situe le débat en la matière. Ainsi, on peut utiliser, à l'échelle nationale, les rebondissements juridiques et politiques qui sont survenus sur la scène internationale concernant les droits relatifs aux savoirs traditionnels, pour comprendre, par exemple, les initiatives qui ont été prises au plan juridique et politique, les arguments qu'on a utilisés devant les tribunaux, les approches communautaires adoptées en matière de protection et de maintien des savoirs traditionnels, ou encore les positions défendues dans les négociations relatives aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale. En particulier, le Canada doit prendre des mesures pour mettre en œuvre les engagements qu'il a pris en ratifiant la CDB, y compris ceux que l'on retrouve à l'article 8j), abordé plus haut. Étant donné les liens qui existent entre les savoirs traditionnels et les questions plus larges qui intéressent les peuples autochtones, bon nombre des mesures prises par le Canada au plan juridique et politique concernant les questions autochtones peuvent être pertinentes à cet égard, notamment dans le domaine des revendications territoriales, de l'environnement, de la protection et promotion de la culture, ainsi que du développement politique et économique.

Le débat entourant les savoirs traditionnels au Canada comporte différents enjeux. Essentiellement, il y a : (1) la volonté, de la part des gouvernements et des peuples autochtones, de comprendre de quelle manière s'articulent les savoirs et les pratiques traditionnels dans le cadre juridique et politique canadien; (2) les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouverne-

[104] Par exemple, l'affaire *Lovelace c. Canada* (24/1977)(R.6/24), ICCPR, A/36/40 (30 juillet 1981) 166, concernant la perte du « statut d'Indien » de la plaignante en vertu de la *Loi sur les Indiens* ; l'affaire *Kitok c. Suède* (197/1985), ICCPR, A/43/40 (27 juillet 1988) 221, concernant la perte par le plaignant de sa qualité de membre de la communauté Sami, et par conséquent de ses privilèges d'éleveur de rennes; enfin l'affaire *Mahuika c. Nouvelle-Zélande* (547/1993), ICCPR, A/56/40 vol. II (27 octobre 2000) 11, concernant la réglementation applicable aux pêcheurs maoris.

[105] Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 23, adoptée à l'occasion de la 50e session du Comité en 1994, par. 7. http://heiwww.unige.ch/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm Pour une discussion sur cette question, voir S. Prichard et C. Heindow-Dolman, « Indigenous peoples and international law: A critical overview", (1998) 3 ALR 473.

[106] *Lansman c. Finlande* (511/1992), ICCPR, A/50/40/ vol. II (26 octobre 1994), 66 (CCPR/C/52/D/511/1992) par. 9.4. http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument

[107] *Mahuika c. Nouvelle-Zélande*, voir *supra*, note 104, par. 9.5.

[108] Il y a lieu de noter que ces principes semblent comparables à ceux que l'on retrouve en droit canadien et qui sont examinés plus loin.

[109] Observation générale no 23, *supra*, note 105, par. 3.1.

[110] *Ibid.*, par. 3.0, 3.1 et 3.2.

mentale; (3) les règles que l'on trouve dans certaines lois concernant l'utilisation des savoirs traditionnels[129]; (4) des considérations d'ordre général concernant la nécessité de respecter, de préserver et de maintenir les cultures autochtones, notamment les langues, les activités et pratiques traditionnelles ainsi que les visions du monde[130].

Jusqu'ici, le lien entre la biotechnologie et les savoirs traditionnels a pris moins d'acuité que les autres aspects mentionnés plus haut. Cela tient peut-être au fait qu'on ignore encore si les ressources génétiques tirées d'organismes vivant au Canada seront utiles aux chercheurs en biotechnologie, même si les milieux sauvages, souvent intéressants à cet égard, abondent au pays[131]. Il est possible que les choses changent dorénavant, les Parties à la CDB ayant entrepris de négocier et d'élaborer un mécanisme international d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages dans lequel les groupes autochtones joueront un rôle majeur[132].

En même temps que se dérouleront ces discussions entre les Parties à la CDB sur un « régime international » d'accès aux ressources génétiques, le Canada mettra en branle son propre processus d'élaboration d'une politique interne en la matière. Il existe à l'heure actuelle une sorte de vide politique et juridique sur cette question au pays. En fait, il n'y a à peu près aucune mesure de contrôle spécifique s'appliquant à la bioprospection au Canada. Et celles qui existent dépendent à la fois du type de ressources recherché (par exemple, *in situ* ou *ex situ*)[133], et de la présence ou non de la ressource sur des terres publiques, où différentes lois fédérales, territoriales et provinciales peuvent s'appliquer, sur des terres privées, où des lois sur la violation du droit de propriété peuvent s'appliquer, ou sur des terres de réserve indienne ou des terres autochtones ayant fait l'objet d'une entente en matière de revendications territoriales, où des règles particulières peuvent s'appliquer concernant l'accès aux ressources[134].

Il est sans doute impossible d'estimer de manière crédible la valeur potentielle, en termes financiers, de ce que pourrait retirer l'industrie biotechnologique des savoirs traditionnels des peuples autochtones au Canada. Il reste que les facteurs suivants signifient que les progrès dans le domaine pourraient avoir des impacts substantiels sur l'élaboration des lois et des politiques concernant les peuples autochtones ainsi que sur la négociation d'ententes visant à régler les questions des revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale en suspens : (1) il existe un lien très clair entre les biotechnologies et les savoirs traditionnels; (2) ce lien fait l'objet d'un débat à l'échelle internationale dans de nombreux forums intergouvernementaux; (3) ce débat est important pour le Canada tant en raison de l'existence de sa population autochtone qu'en raison de la taille de son industrie de la biotechnologie.

Entre temps, peu importe les progrès accomplis dans le domaine de la biotechnologie, les efforts visant à déterminer le cadre politique et juridique approprié à la culture autochtone, y compris les langues, les savoirs traditionnels, les lois et les coutumes, continueront de s'intensifier au Canada. Sur la base de la reconnaissance accordée aux droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones aux termes de la Constitution canadienne[135], une jurisprudence particulièrement pertinente pour les peuples autochtones continuera d'être développée par les tribunaux et les plaideurs; différents outils, comme des ententes négociées, seront utilisés pour permettre aux peuples autochtones de se donner la marge de manœuvre voulue pour atteindre leurs objectifs; et l'élaboration des politiques publiques, bien que sujette aux priorités des gouvernements de l'heure, continuera d'être confrontée à des questions fondamentales sur la nature de la réconciliation, sur le sens à donner à une citoyenneté partagée au sein d'un État multidimensionnel, et sur les défis posés par la diversité qui existe au sein des communautés autochtones, si ce n'est à l'intérieur du

---

111 Droits reconnus à l'article 12 et à l'article 15 du PIRDESC.

112 L'affaire de la *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*, voir *supra*, note 85.

113 Voir le rapport no 74/03 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur l'admissibilité de la requête 790/01, *Grand Chief Michael Mitchell v. Canada*, 22 octobre 2003. On peut consulter ce rapport (en anglais) à l'adresse : http://www.cidh.org/annualrep/2003eng/Canada.790.01.htm, consulté la dernière fois le 24 mars 2004. La Commission a jugé admissible la plainte du requérant voulant que les mesures limitant sa capacité de procéder à des échanges commerciaux transfrontaliers sans payer de droits de douanes ou autres taxes étaient contraires aux dispositions relatives aux droits culturels de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. La plainte sera maintenant étudiée sur le fond. L'article XIII de la Déclaration précise : « Toute personne a le droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de bénéficier des résultats du progrès intellectuel et notamment des découvertes scientifiques. De même elle a droit à la protection des intérêts moraux et matériels qui découlent des inventions ou des oeuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, dont elle est l'auteur ».

Canada tout entier. Avec le passage du temps, ce processus évolutif auras une influence marquée sur l'élaboration des lois et des politiques en matière de biotechnologie, comme sur les autres grandes priorités politiques au Canada.

B. Droits autochtones en vertu des lois canadiennes

Il existe au Canada un cadre politique et juridique relativement bien développé concernant plusieurs questions autochtones. Toutefois, les droits existants des peuples autochtones ne sont pas bien définis à l'heure actuelle. Les incertitudes à cet égard, comme les encouragements des tribunaux[136], ont ainsi contribué à l'adoption de politiques qui privilégient la négociation d'ententes sur les droits autochtones plutôt que la confrontation devant les cours de justice. Le gouvernement du Canada a élaboré des politiques devant lui servir de guide dans la négociation d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale, aux revendications territoriales globales et aux revendications particulières concernant des obligations non respectées découlant de traités[137]. Le règlement des questions relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales est discuté en détail plus loin.

Les droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones sont reconnus et affirmés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il y a une jurisprudence de plus en plus étoffée au Canada dans laquelle les tribunaux se sont donnés des outils pour déterminer l'existence, la nature et la portée des « droits des peuples autochtones » qui sont visés, quoique non définis, par l'article 35. L'analyse servant à déterminer s'il existe des droits autochtones dans des circonstances particulières fait l'objet de la section C ci-dessous.

Les « droits issus de traités » sont définis dans les nombreux traités historiques[138] ainsi que dans un nombre grandissant d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales ayant obtenu une protection constitutionnelle en vertu de l'article 35[139]. Les traités définissent certains droits des peuples autochtones vivant dans la plupart des régions du Canada. En général, ils prévoient la cession de certains droits non définis contre une forme quelconque de compensation. Les traités historiques étaient habituellement brefs et abordaient des questions comme la paix et l'amitié, la chasse, la pêche et la cueillette, et l'attribution des terres de réserve. Les traités modernes sont beaucoup plus détaillés et complets, abordant des questions comme les compétences et les pouvoirs conférés par une entente d'autonomie gouvernementale, les structures de gouvernance, la répartition des terres et des ressources, la chasse, la pêche et la cueillette, ainsi que la cogestion des biens fonciers et des ressources. Les négociations modernes relatives aux revendications territoriales visent habituellement à régler les différends qui subsistent dans des parties du pays où les droits des peuples autochtones ne sont pas définis dans des traités historiques, comme en

---

[114] L'affaire de la *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* et les rapports sur l'affaire *Mary and Carrie Dann* et l'affaire *Maya Indigenous Communities of the Toledo District* portent toutes sur les droits autochtones relatifs aux biens immobiliers (toutes précitées à la note 85). Le droit de disposer de ses biens reconnu dans la CARDH et dans la Déclaration américaine n'est pas identique, mais dans ces deux affaires, on a jugé qu'il protégeait également les droits collectifs des peuples autochtones sur leurs terres. On pourrait considérer que le droit de disposer de ses biens décrit dans les deux instruments peut s'appliquer aux biens mobiliers, bien que la question n'ait pas encore été soumise à la Cour IA ni à la Commission IA. (Voir CARDH, article 21 et Déclaration américaine, article XXIII). Dans l'affaire *Yanomami*, Rapport 12/85, la Commission IA a reconnu les droits collectifs du peuple yanomami du Brésil à la démarcation et à la délimitation du territoire yanomami.

[115] M. MacMillan, *Paris 1919*, 2003, p. 12.

[116] B. Kingsbury, 2001, *supra*, note 63, p. 91.

[117] [1998] 2 R.C.S. 217, par. 123 et 124, respectivement. Le simple fait d'avoir les caractéristiques d'un 'peuple' en droit international ne signifie pas nécessairement que celui-ci a le droit de sécession ou le droit à l'autodétermination. Une condition essentielle à cet égard est l'existence d'une situation d'oppression exercée contre le 'peuple' en question.

[118] Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/2000/10, par. 13 et 14.

[119] *Ibid.*, par. 15.

[120] *Ibid.*

[121] L'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones a aussi fait l'objet de discussions au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et au Comité des droits de l'homme. Voir *Le droit à l'autodétermination, 23/08/96, CERD Recommandation générale 21, (Observations générales)*, 48e session, 1996, où le Comité affirme au par. 5 : « Les gouvernements devraient également envisager, dans leurs cadres constitutionnels respectifs, de reconnaître aux personnes appartenant à des groupes ethniques ou linguistiques constitués de leurs citoyens, si cela est approprié, le droit de se livrer à toute activité intéressant particulièrement la préservation de l'identité de ces personnes ou de ces groupes ». Le Comité des droits de l'homme a fait le lien entre le droit à l'autonomie gouvernementale au Canada et le droit à l'autodétermination dans ses observations finales relatives au quatrième rapport périodique que le Canada a présenté au Comité (CCPR/C/79/Add.105, par. 8). Dans ses observations finales relatives au quatrième rapport périodique de la Norvège, le Comité a demandé à la Norvège de faire rapport sur le droit à l'autodétermination du peuple sami (CCPR/C/79/Add.112, par. 17).

[122] Projet de déclaration des Nations unies, *supra*, note 84.

Colombie-Britannique, dans les territoires situés au nord du 60e parallèle, au Nouveau-Québec et au Labrador[140].

Les litiges au Canada ont le plus souvent porté sur l'existence et la nature du titre autochtone, l'interprétation des traités ou l'existence de droits ancestraux ou issus de traités permettant certaines activités traditionnelles comme la chasse, la pêche ou la cueillette, à chaque fois au cas par cas. Même si les activités qui jusqu'ici ont été soumises à l'attention de la justice traitent indirectement des connaissances autochtones, les causes ont surtout porté sur la possibilité pour un groupe autochtone de pratiquer ouvertement et physiquement une activité fondée sur des traditions historiques, plutôt que sur sa capacité de conserver et de contrôler des connaissances intimement liées à certains activités ou certains lieux[141].

Il résulte de ces litiges portant sur les droits ancestraux et issus de traités un ensemble de règles de droit qui aide à déterminer à quel moment on peut affirmer l'existence de ces droits, à quel moment une action gouvernementale peut porter atteinte à ces droits et à quel moment cette atteinte peut être justifiée. Cette jurisprudence est bien connue des avocats qui travaillent dans le domaine du droit autochtone et a été abondamment décrite ailleurs. Nous ne nous étendrons donc pas sur le sujet, mais proposerons l'aperçu général qui suit.

Lorsque l'article 35 est venu se greffer à la Constitution, le pouvoir qu'avait le gouvernement avant 1982 d'abolir unilatéralement des droits ancestraux ou issus de traités a été restreint[142]. Dans plusieurs arrêts importants, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les conséquences du par. 35(1). Essentiellement, il en ressort que les droits ancestraux et issus de traités, à compter de 1982, bénéficient d'une protection constitutionnelle. Cela ne veut pas dire qu'on ne peut pas porter atteinte à ces droits. La Cour suprême a indiqué qu'on pouvait porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités à condition que cette atteinte soit justifiée.

Cette justification repose sur une analyse ou une évaluation visant à déterminer si (1) l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif législatif valide et (2) si, en présence d'un objectif législatif valide, l'atteinte préserve l'honneur de la Couronne et est compatible avec les rapports spéciaux, *sui generis*, de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada[143]. La Cour a proposé une liste assez longue d'exemples d'objectifs législatifs valides, comme « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général [d'une province], la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins »[144].

Dans bien des cas, l'État doit entreprendre des consultations sérieuses avec les communautés autochtones touchées afin de satisfaire le critère de la justification. L'absence de consultation n'aura pas nécessairement des conséquences fatales pour la position défendue par la Couronne, mais sera prise en considération dans l'analyse visant à déterminer si l'atteinte au droit est justifiée. De plus, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Delgamuukw* qu'il y avait toujours obligation de consultation, certaines situations pouvant même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, lorsqu'une atteinte est portée à un titre aborigène existant[145]. La Cour a aussi indiqué qu'il pouvait y avoir obligation de consulter dans le cas de

123 Les rapports du Président-Rapporteur du Groupe de travail des Nations unies sur le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones indiquent que de nombreux États n'acceptent pas le principe selon lequel toutes les communautés autochtones ont le droit à l'autodétermination. Voir E/CN.4/1996/84; E/CN.4/1997/102; E/CN.4/1998/106; E/CN.4/1999/82; E/CN.4/2000/84; E/CN.4/2001/85; E/CN.4/2002/98; E/CN.4/2003/92; E/CN.4/2004/81.

124 On trouvera une discussion utile et exhaustive sur les liens entre les droits individuels et les droits collectifs protégés par la Constitution canadienne dans J. Arbour, "The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for section 25", 4 avril 2003, copie en dossier.

125 C'est notamment le cas du Canada, qui a ratifié le Protocole facultatif en 1976.

126 Il pourrait être renouvelé afin de donner aux participants la possibilité de conclure les discussions, soit en adoptant une déclaration ou en précisant que le projet n'a aucun effet en droit international selon les membres de l'ONU.

127 *Supra*, notes 85 et 86.

128 *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(2).

règlements de chasse ou de pêche ayant des impacts sur des droits existants[146].

De plus, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions importantes le 18 novembre 2004 dans les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*[147] et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*[148], décisions qui nous aident à répondre à une question soulevée au sujet du critère de justification et de l'obligation de consulter[149]. Cette question était la suivante : l'obligation de justification et de consultation s'applique-t-elle seulement lorsque les droits autochtones sont établis en vertu d'une loi, d'un traité ou d'une décision des tribunaux, ou s'applique-t-elle lorsqu'il existe une preuve à première vue valable que des droits autochtones existants sont susceptibles d'être violés par une décision ou une activité gouvernementale (ou même seulement sur une simple affirmation allant en ce sens)? En abordant cette question, la Cour s'est attardée à la consultation, et a conclu que l'obligation de consulter et parfois d'accommoder les droits autochtones éventuels pouvait s'appliquer quand la Couronne a connaissance d'un possible droit autochtone et envisage de faire quelque chose qui pourrait y porter atteinte. Cette obligation ne fait pas partie du critère de justification, mais relève plutôt du principe de l'honneur de la Couronne. Avant ces arrêts, la Cour suprême du Canada n'avait abordé la question de la consultation que dans le contexte de droits autochtones établis en vertu de l'article 35.

Ce qui précède nous indique qu'en pratique, l'analyse juridique en matière de droits ancestraux et issus de traités au Canada ne porte pas sur des principes absolus, mais vise plutôt la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents. Les efforts du gouvernement dans sa recherche de ce juste équilibre doivent être inspirés par le principe de l'honneur de la Couronne mis en cause par sa relation *sui generis* de fiduciaire avec les peuples autochtones[150]. Cela va dans le sens de la déclaration de la Cour suprême à l'effet que le paragraphe 35(1) vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »[151].

C. Le droit canadien protège-t-il les savoirs traditionnels?

Même si les savoirs traditionnels n'ont pas encore fait l'objet de litiges devant les tribunaux, ils sont mis en cause dans les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale, et il en est de plus en plus question dans les ententes bilatérales conclues entre des chercheurs ou des entreprises d'exploitation des ressources et des communautés autochtones. Les savoirs traditionnels sont aussi mentionnés dans quelques textes législatifs, où ils sont considérés comme faisant partie des processus globaux de collecte de renseignements liés aux questions environnementales et d'aménagement du territoire[152].

Même si les progrès dans le domaine de la biotechnologie n'ont pas eu d'impacts substantiels sur ces questions, une description des façons dont les savoirs traditionnels ont été abordés ou mis en cause dans les différends concernant les droits ancestraux et issus de traités ou les ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ou aux revendications territoriales nous fournit quelques points de repère pour la construction d'un cadre d'évaluation d'une politique sur les biotechnologies axé sur les droits.

(i) Droits autochtones et savoirs traditionnels

Voici comment le juge en chef Lamer de la Cour suprême a formulé le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux dans l'arrêt *Van der Peet* :

> Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [par. 46]
>
> [....]

> Le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement *faisait de la société ce qu'elle était*. [Souligné dans le texte original][153] .

Le juge Lamer poursuit en disant que les coutumes, pratiques ou traditions constituant des droits ancestraux peuvent prendre une forme moderne, mais qu'elles doivent marquer la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens[154].

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême a étoffé le concept de droits ancestraux, notamment en ce qui a trait aux rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs terres traditionnelles. Dans ses motifs, le juge en chef Lamer note que le par. 35(1) doit reconnaître et confirmer les deux aspects de la présence des peuples autochtones en Amérique du Nord avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, à savoir l'occupation antérieure du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part[155]. Le critère applicable pour déterminer l'existence d'un titre aborigène énoncé par le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw* est semblable à celui permettant de déterminer l'existence de droits ancestraux. Il fait appel aux rapports historiques que le groupe autochtone visé entretient avec ses terres traditionnelles, mais exige aussi que l'occupation actuelle du territoire soit en continuité avec l'occupation historique[156].

Les grandes similitudes entre le critère servant à déterminer l'existence des droits ancestraux en général et celui relatif au titre aborigène en particulier s'expliquent par la conception de la Cour selon laquelle le titre aborigène se trouve à l'extrémité d'un spectre et les droits ancestraux à l'autre extrémité. Tous ces droits bénéficient d'une protection constitutionnelle. Le juge en chef Lamer dit :

> Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit... Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même[157].

En droit canadien, les décisions quant à l'existence ou non de droits ancestraux dans des circonstances particulières, ou, s'ils existent, quant à la possibilité d'y porter atteinte, sont prises au cas par cas. Ainsi, il est difficile de tirer des conclusions quant à l'existence de droits ancestraux concernant les savoirs traditionnels en l'absence d'une situation factuelle. Les commentaires qui suivent ont donc une portée générale et sont de nature spéculative.

Comme il est difficile d'identifier un élément ou un aspect particulier des savoirs traditionnels, plutôt qu'une activité, susceptible de faire l'objet d'une analyse à la lumière de l'arrêt *Van der Peet*, il n'est pas facile de prédire comment l'affirmation d'un droit à l'égard des savoirs traditionnels pourrait être formulée. D'une part, il est difficile dans l'arrêt *Van der Peet* lui-même de dissocier l'aspect « savoirs

traditionnels » du droit de pêche revendiqué et de l'activité de pêche traditionnelle en cause dans cette affaire. En fait, il devient difficile de définir quelque activité que ce soit en l'absence d'une description des connaissances, innovations et pratiques qui la sous-tendent. En se fondant sur la description donnée plus haut des savoirs traditionnels, il semblerait que les connaissances, innovations et pratiques autochtones devraient faire partie de tout droit ancestral susceptible d'être décrit. Une fois qu'il a été décidé qu'une coutume, pratique ou tradition constitue un droit ancestral, les savoirs traditionnels associés à cette coutume, pratique ou tradition pourraient également être protégés en vertu de l'article 35.

On pourrait dire la même chose au sujet du titre aborigène. Comme il est dit à plusieurs reprises dans ce chapitre, l'une des caractéristiques essentielles des savoirs traditionnels, c'est qu'ils sont intimement liés au territoire des peuples qui les détiennent. Mais il reste que ce ne sont pas toutes les connaissances, innovations et pratiques autochtones qui peuvent satisfaire au critère applicable. Les savoirs traditionnels pertinents sont ceux qui marqueraient une continuité avec les connaissances, innovations et pratiques qui existaient avant le contact avec les Européens et qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe revendiquant le droit. Borrows s'est dit inquiet de ce que les critères élaborés par la Cour suprême pour déterminer l'existence de droits ancestraux puissent avoir pour effet indésirable et inutile de confiner à une époque révolue les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones[158]. Cela pourrait être particulièrement inquiétant dans le cas des savoirs traditionnels si l'on considère qu'ils font partie d'une vision du monde globale et holistique. Dans cette perspective, il devient difficile d'isoler la connaissance que l'on peut avoir d'une plante et de ses usages, par exemple, du contexte dans lequel cette connaissance est appliquée ou de la relation que la communauté entretient avec le monde qui l'entoure.

Des chercheurs canadiens se sont demandés si l'affirmation d'un droit ancestral sur un bien culturel matériel ou immatériel pouvait trouver une assise solide dans une analyse de l'arrêt *Van der Peet*. Ainsi, Catherine Bell et Robert Patterson ont fait valoir que dans le contexte de la revendication d'un droit ancestral sur des biens culturels matériels (comme le rapatriement d'artéfacts provenant de la communauté), le « droit » en question pourrait être un droit de posséder et de léguer un bien fondé sur des lois et des pratiques traditionnelles, dans la mesure où ces lois et pratiques peuvent satisfaire au critère applicable[159]. La question de l'affirmation d'un droit ancestral sur un bien culturel pose la difficulté de formuler ce droit d'une manière telle que les tribunaux puissent agir. Bell et Patterson proposent que les tribunaux abordent avec plus de souplesse l'analyse de base que l'on retrouve dans l'arrêt *Van der Peet* pour l'appliquer aux biens culturels, en raison de l'importance de ces biens pour les communautés autochtones[160]. Et on a certes fait preuve de souplesse dans l'analyse des droits formulée dans *Van der Peet* par rapport à des activités. Dans *Delgamuukw*, par exemple, la Cour suprême a modifié le critère applicable aux droits ancestraux pour formuler un critère permettant de déterminer l'existence d'un titre aborigène, qui ne concerne pas le droit de s'adonner à une activité, mais qui correspond à un « droit au territoire lui-même »[161].

L'affaire *Kitkatla* en est une qui a effectivement porté sur un litige entourant des biens culturels matériels, à savoir la délivrance de permis de coupe par les fonctionnaires

---

[129] Parmi ces lois, on compte la *Loi sur les espèces en péril*, 2002, ch. 29, qui comporte des dispositions relatives à la création d'un sous-comité sur les savoirs traditionnels qui aidera à déterminer si des espèces en particulier sont en péril au sens de la Loi, la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, 2003, ch. 7, où il est dit que les savoirs traditionnels font partie d'un processus global de collecte de l'information relativement à certains projets, la *Loi sur la Commission canadienne des affaires polaires*, 1991, ch. 6, où il est dit que la connaissance inclut le savoir traditionnel, la Commission ayant pour mandat d'en tenir compte et de le diffuser dans le cadre de ses activités consistant à promouvoir les connaissances au sujet des affaires polaires, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 1992, ch. 37, selon laquelle les savoirs traditionnels doivent être pris en compte lors des évaluations environnementales, et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, ch. 33, où on dit aussi que les savoirs traditionnels sont une source d'information pertinente pour les questions environnementales.

[130] À titre d'exemple, l'un des objectifs reconnus du projet gouvernemental visant à remanier la *Loi sur le droit d'auteur* est d'aborder la question du savoir traditionnel. Voir : http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nst/en/rp00877e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nst/fr/rp00877f.html].

[131] Pour une discussion sur les débuts de la bioprospection dans le parc national Yellowstone aux États-Unis et sur les impacts qu'une importante découverte biologique a eu pour la gestion du parc, voir H. Doremus, "Nature, knowledge and profit: the Yellowstone bioprospecting controversy and the core purposes of America's national parks", (1999) 26 *Ecology Law Quarterly* 401. À la suite de la découverte, la direction du parc Yellowstone a mis au point un contrat type fixant des règles pour la recherche effectuée sur les ressources biologiques du parc. L'auteur a une copie de ce contrat dans ses dossiers.

provinciaux dans une partie de la Colombie-Britannique où l'on retrouve bon nombre d'arbres modifiés à des fins culturelles[162]. À l'instar des tribunaux inférieurs, la Cour suprême du Canada a statué que la preuve à l'appui de l'existence de droits ancestraux sur ces biens culturels était insuffisante pour qu'elle se prononce sur la question. Elle s'est plutôt attachée à la question de savoir si la province avait le pouvoir de légiférer en matière de biens culturels en vertu du partage des compétences prévu dans la Constitution. La Cour suprême a confirmé les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique en concluant que la province avait le pouvoir d'adopter la *Heritage Conservation Act*, qui protège quelques-uns mais pas l'ensemble des arbres modifiés pour des raisons culturelles, en vue d'atteindre un équilibre entre la conservation et le développement économique. La Cour suprême a cependant affirmé qu'il « est sûrement possible que, dans certains cas, les biens et les sites patrimoniaux soient un élément essentiel de l'identité collective d'un peuple », et qu'il « se peut très bien que, dans une affaire future, un élément du patrimoine culturel d'une Première nation touche à l'essentiel de son identité de manière à affecter le pouvoir du fédéral sur les affaires indiennes et l'applicabilité de la législation provinciale »[163].

Gordon Christie a examiné si l'approche retenue dans *Van der Peet* pouvait s'appliquer aux connaissances autochtones immatérielles, comme celles qui sous-tendent les récits oraux. Selon lui, même si le critère a été formulé de manière à s'appliquer à des activités distinctes et identifiables — des activités que l'on pourrait qualifier de « concrètes » — il pourrait aussi s'appliquer aux [TRADUCTION] « récits, cérémonies et autres productions intellectuelles » des communautés autochtones qui définissent plus intimement la « nature essentielle de l'être au monde des peuples autochtones »[164].

Christie estime que pour entrer dans le cadre de cette analyse, le droit en question devrait être formulé comme le droit [TRADUCTION] « exclusif, pour la communauté autochtone, de contrôler et d'utiliser les savoirs traditionnels »[165]. Cette formulation prend en compte les énoncés relevés plus haut dans la section sur le droit international. Il resterait ensuite à démontrer que cet intérêt relatif à l'utilisation et au contrôle exclusif existait avant le contact avec les Européens et qu'il existe toujours aujourd'hui.

Comme une grande partie des savoirs traditionnels appartient au domaine public, il sera peut-être difficile de satisfaire à cette partie du critère. Christie fait remarquer cependant que si les communautés autochtones étaient disposées dans le passé à partager leurs connaissances, cela ne signifie pas qu'elles ont accepté que les autres les utilisent à n'importe quelle fin, ni qu'on puisse affirmer qu'ils n'ont plus le droit exclusif d'en disposer[166]. Il se peut que la jurisprudence relative au titre aborigène vienne appuyer la thèse de Christie. L'exclusivité est une considération que les tribunaux ont jugé pertinente dans le contexte des revendications à l'égard du titre aborigène, l'occupation exclusive du territoire étant une exigence essentielle. Dans ce contexte, l'occupation exclusive ne doit pas nécessairement signifier une [TRADUCTION] « occupation qui interdit l'entrée à tous les autres »[167].

Christie conclut en disant que même si on peut plaider avec succès que les connaissances autochtones peuvent être protégées en droit canadien en appliquant l'analyse proposée dans *Van der Peet* et en vertu de l'article 35, cela n'est pas vraiment le but à atteindre du point de vue des peuples autochtones. Pour Christie, le but est de faire valoir que [TRADUCTION] « les communautés autochtones sont les mieux placées et les plus en mesure de contrôler la diffusion d'information d'importance culturelle »[168]. De plus, il affirme que plusieurs commu-

132 *Supra*, note 76.

133 « *In situ* » désigne le matériel génétique que l'on trouve dans un organisme vivant et situé dans son habitat naturel. « *Ex situ* » désigne le matériel génétique qui se trouve toujours à l'état naturel, mais qui n'est plus dans son habitat naturel.

134 H. Mann, *Access to Genetic Ressources in Canada: The Legal Framework, Final Report (Draft)*, 12 mars 2002, article rédigé pour le Bureau de la Convention sur la biodiversité, Environnement Canada. Dossiers de l'auteur.

135 Le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

136 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 S.C.R. 1010, par. 186, où le juge en chef Lamer dit : « En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *[R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1105], le par. 35(1) « procure [. . .] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises'. Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés — toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les

nautés le font déjà, du moins pour ce qui est des connaissances qui ne sont pas encore accessibles à tous[169].

Les litiges en matière de droits ancestraux surviennent habituellement lorsqu'un groupe autochtone affirme qu'il possède des droits qui sont violés par une activité autorisée par le gouvernement en contravention de la loi. Dans le cas des savoirs traditionnels, par exemple, il pourrait s'agir d'une affirmation selon laquelle un institut de recherche gouvernemental en biotechnologie, en utilisant les savoirs traditionnels sacrés d'un groupe autochtone, viole son droit ancestral de contrôler la manière dont ces savoirs peuvent être utilisés. Mais il ne suffit pas d'affirmer l'existence du droit ancestral. Pour que l'activité litigieuse soit déclarée illégale, il faut qu'il soit impossible de la justifier. L'activité pourrait en effet satisfaire au critère de la justification dont nous avons parlé plus haut si elle permettait l'atteinte d'un objectif législatif valide et si elle était exercée d'une manière qui préserve l'honneur de la Couronne. De façon générale, la consultation est un bon moyen de satisfaire le deuxième volet du critère de la justification, et elle constitue dans bien des cas une sage décision politique même si elle n'est pas légalement requise en l'espèce.

Exemples comparatifs provenant d'autres systèmes juridiques

Les tribunaux d'autres pays ont aussi eu à se prononcer sur des affaires touchant les savoirs traditionnels. Ces causes ne nous renseignent peut-être pas directement sur le traitement que leur réserveraient les tribunaux canadiens, mais peuvent nous fournir certaines indications. En Nouvelle-Zélande par exemple, les Maoris ont revendiqué un droit sur à peu près toute la faune et la flore du pays, y compris le droit que leurs savoirs traditionnels et leurs biens culturels soient protégés[170]. D'une part, la revendication s'appuie sur le texte fondateur régissant les relations entre les Maoris et la Nouvelle-Zélande, le traité Waitangi, de sorte que la décision qui sera rendue aura sans doute une valeur limitée pour des fins de comparaison avec le Canada, du moins comme source d'inspiration directe pour les tribunaux canadiens. D'autre part, la revendication traduit de manière plus générale le même type de vision du monde globale et holistique exprimée par les groupes autochtones au Canada et confirme, en raison de sa portée étendue, que si jamais on formule des revendications relatives aux savoirs traditionnels ici, elles auront de lourdes implications.

En Australie, il y a eu quelques affaires portant sur l'usage abusif de biens culturels matériels dans le contexte du droit d'auteur. L'affaire *Bulun Bulun*, par exemple, concernait la poursuite intentée par un artiste aborigène et sa communauté contre une entreprise privée qui avait reproduit une œuvre de l'artiste sans autorisation[171]. L'artiste a fondé sa plainte sur la *Copyright Act* de l'Australie, plainte qui fut accueillie. Dans cette cause, l'avocat de la communauté a eu de la difficulté à étayer sa cause dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur et la common law, et a fini par abandonner l'argument selon lequel les connaissances en cause dans l'œuvre constituaient un aspect du titre aborigène communautaire[172].

compromis qui s'imposent — processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrons réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire 'concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté'. Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester. »

137 Il s'agit de la *Politique sur les revendications territoriales globales*, de la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale* et de la *Politique sur les revendications particulières*. Pour plus de renseignements, voir : http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/index_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/index_f.html].

138 Les « traités historiques » sont ceux qui ont été négociés par des groupes autochtones et des représentants de Sa Majesté britannique à compter du XVIII[e] siècle environ jusqu'au début du XX[e] siècle.

139 Ce ne sont pas toutes les ententes sur l'autonomie gouvernementale conclues jusqu'ici au Canada qui bénéficient d'une protection constitutionnelle en vertu de l'article 35. Par exemple, il y a quatorze Premières nations au Yukon. Un peu plus de la moitié d'entre elles ont conclu des ententes sur l'autonomie gouvernementale qui ne règlent pas la question de leur statut constitutionnel. Lorsque les parties à une entente relative à l'autonomie gouvernementale ou à une revendication territoriale conviennent que l'entente bénéficie d'une telle protection, elles ajoutent une disposition à cet effet.

140 Le premier « traité moderne », la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, a été signé en 1975 par les Cris du Québec, le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada. Depuis, des ententes en matière de revendications territoriales ont été conclues avec les Inuvialuit, les Dénés du Sahtu, les Gwitchins et les Dogribs (ou Tlichos) des Territoires du Nord-Ouest, avec les Inuits du Nunavut, entente dont le résultat fut la création d'un nouveau Territoire en 1999, avec les Nisga'as de Colombie-Britannique, et avec plus des quatorze Premières nations du Yukon. Plusieurs ententes sur l'autonomie gouvernementale ont également été signées. Celles qui confèrent les pouvoirs législatifs les plus étendus sont les ententes avec les Nisga'as et les Tlichos.

La Cour a plutôt accueilli l'argument selon lequel l'artiste aborigène jouissait d'une relation de fiduciaire avec la communauté. On trouve dans les motifs du jugement une longue discussion au sujet de la pérennité en common law australienne des lois coutumières aborigènes relatives à la propriété et à l'usage des savoirs traditionnels et des biens culturels après l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique. Ces lois coutumières étaient toujours valides jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par la *Copyright Act* au début du XX[e] siècle[173]. Malgré cela, la Cour a considéré que le droit coutumier aborigène faisait partie de l'ensemble des faits qui l'amenait à conclure que la relation qu'entretenait l'artiste aborigène avec la communauté en était une de confiance mutuelle, relation que le droit australien reconnaît comme étant une relation de fiduciaire, impliquant des obligations. La Cour a fait remarqué que si la personne bénéficiant d'un tel rapport fiduciaire omettait de prendre des mesures raisonnables pour faire observer le droit d'auteur sur une œuvre faisant appel aux savoirs traditionnels, la communauté en cause serait fondée en droit de poursuivre l'artiste[174].

En proposant des exemples à des fins de comparaison, il est important de se rappeler que le droit canadien est passablement différent du droit qui existe dans les autres pays du Commonwealth dans le Pacifique Sud. En effet, les droits existants des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés dans la Constitution, ce qui implique une série de conséquences pour le gouvernement que l'on ne retrouve pas ailleurs. Ces exemples illustrent néanmoins le fait que les revendications en matière de savoirs traditionnels pourraient avoir d'importantes conséquences, comme l'évoque la revendication Wai 262 des Maoris en Nouvelle-Zélande, et qu'il faudra une certaine dose d'imagination de la part des parties en cause et des juges pour les aborder, comme l'indiquent les affaires relatives au droit d'auteur en Australie.

(ii) Autonomie gouvernementale et règlements des revendications territoriales

Comme nous l'avons rappelé plus haut, la Cour suprême du Canada a encouragé le gouvernement à régler les questions litigieuses concernant les droits des peuples autochtones par la négociation plutôt que par l'affrontement devant les tribunaux, étant donné la complexité des intérêts divergents en jeu. De nombreuses ententes font maintenant couramment l'objet de négociations entre groupes autochtones, gouvernements et entreprises, qu'il s'agisse de règlements des revendications territoriales globales et d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale comme celles conclues avec les Nisga'as et les Tlichos, d'accords provisoires sur la cogestion des ressources, d'ententes sur les répercussions et les avantages, d'accords en matière d'environnement ou autres. En fait, dans un mémoire présenté à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Assemblée des Premières nations dit de cette approche qu'elle devrait servir de modèle dans les pays qui souhaitent favoriser les projets de développement des ressources situés sur les terres traditionnelles des peuples autochtones[175]. Certaines communautés sont aussi en train de négocier des ententes avec des chercheurs pour leur donner accès à leurs savoirs traditionnels, même s'il n'existe pas d'obligation légale au Canada à cet effet, les communautés et les chercheurs étant libres de régler ces questions à leur gré. Il arrive que de pareilles ententes soient négociées dans le cadre de certaines exigences imposées par la loi, car certains textes exigent que les savoirs traditionnels soient pris en considération, même s'ils n'établissent pas de règle déterminant la manière dont ces connaissances devraient être obtenues[176].

Au Canada, les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale se déroulent dans le cadre de la *Politique sur les revendications territoriales globales* et de la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, respectivement. La question des savoirs traditionnels est soulevée dans les deux.

---

141 Pour une discussion sur ce sujet, voir Christie, *supra*, note 29, et D. Robbins, "Aboriginal Custom, Copyright & the Canadian Constitution", 1999, à l'adresse http://www.ubcic.bc.ca/docs/Robbins.pdf, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

142 Dans l'arrêt *R. c. Badger* [1996] 1 R.C.S. 771, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'avant l'adoption de l'art. 35 en 1982, l'État avait le pouvoir de modifier ou de réduire unilatéralement un droit ancestral ou issu de traité par des moyens législatifs ou autres. Cela est conforme à la décision de la Cour suprême rendue en 1990 dans l'affaire *R. c. Horseman* [1990] 1 R.C.S. 901, où il est dit que l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* conclue entre le Canada et les trois provinces des Prairies, sans aucune participation de la part des Autochtones, abolissait effectivement les droits originaux issus de traités pour les remplacer par d'autres. Il appartient cependant à l'État de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été aboli par la législation.

143 Discuté dans *Sparrow*, *supra*, note 136 et dans *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 161 à 163, entre autres.

144 *Delgamuukw*, *supra* , note 136, par. 165.

Dans le cas des revendications territoriales, les savoirs traditionnels sont en cause de différentes façons, parfois indirectement. Par exemple, l'article 16.6.17 de *l'Accord-cadre définitif du conseil des indiens du Yukon* de 1993, qui sert de modèle pour les accords définitifs avec les différentes Premières nations du Yukon, oblige ces dernières à fournir aux conseils des ressources renouvelables de l'information sur ses fonctions concernant les ressources halieutiques et fauniques, qui pourrait inclure les savoirs traditionnels. C'est ce qu'on peut raisonnablement déduire de cet article lorsqu'on le lit en ayant en tête les objectifs du chapitre 16, qui indiquent clairement que l'une des intentions des parties consiste à intégrer les connaissances des Indiens du Yukon au processus de décision des conseils[177]. De même, l'article 12.1.6 de *l'Accord Tlicho* prévoit que « dans l'exercice de leurs pouvoirs conférés par le chapitre 12, les parties et le conseil des ressources renouvelables créé en vertu de l'accord prennent des mesures en vue d'acquérir et d'utiliser les savoirs traditionnels au même titre que les autres formes d'information scientifique et les opinions d'experts »[178].

Certains textes législatifs visant à donner effet aux engagements pris en marge des revendications territoriales, comme la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, font référence à l'inclusion des savoirs traditionnels pertinents dans le processus de prise de décisions concernant l'utilisation des terres. Même si ces références aux savoirs traditionnels liées à la cogestion des terres et des ressources ne signifient pas que l'on reconnaît l'existence de droits à l'égard des savoirs traditionnels, cela indique tout de même que les parties intéressées reconnaissent qu'il existe une relation étroite entre les savoirs traditionnels et l'utilisation des terres autochtones. Les groupes autochtones qui s'intéressent aux conséquences que peuvent avoir ces références aux savoirs traditionnels dans les règlements des revendications territoriales ou dans des dispositions comme l'article 16.6.17 de l'Accord-cadre définitif, qui obligent les Premières nations à communiquer certains renseignements, pourront vouloir étendre la discussion pour s'attaquer à la question des droits, et plaider qu'il leur faut des protections en échange de leur engagement à partager certaines connaissances.

De plus, les règlements de revendications territoriales impliquent normalement la cession en « fief simple » de certaines terres de la Couronne à la communauté autochtone visée. Ces terres sont détenues collectivement par le groupe autochtone, qui exerce la plupart des droits qu'aurait un propriétaire sur sa propriété privée, notamment en ce qui a trait à l'accès, sous réserve des modalités applicables contenues dans le règlement ainsi que des lois d'application générale. Cela signifie que les communautés autochtones qui ont conclu de telles ententes auront le droit, même s'il n'est pas absolu, de contrôler la bioprospection sur leurs terres[179]. Outre le contexte des revendications territoriales globales, les communautés qui sont des bandes indiennes en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui ont des terres de réserve auront aussi la possibilité d'exercer un certain contrôle sur l'accès aux ressources biologiques qui se trouvent dans la réserve, même si la Couronne demeure le réel propriétaire des terres de réserve, qu'elle détient pour l'usage et le bénéfice exclusifs des bandes[180].

Les savoirs traditionnels sont également importants dans les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale. Sur le plan des principes, le gouvernement du Canada a reconnu que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale était un droit existant des peuples autochtones en vertu de l'article 35, devant être exercé conformément à

145 *Ibid.*, par. 168.
146 *Badger*, *supra*, note 142 et *R. c. Marshall* [1999] 3 R.C.S. 456.
147 2004 CSC 73, confirmant [2002] 2 C.N.L.R. 121, 2002 BCCA 147, motifs additionnels (2002), 216 D.L.R. (4e) 1, 2002 BCCA (CA).
148 2004 CSC 74, infirmant (2002), 211 D.L.R. (4e) 89, 2002 C.A.C.-B. 59 (CA).
149 Pour une discussion des questions soulevées par la Cour suprême du Canada dans ces arrêts, voir Lawrence, S. et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » *Canadian Bar Review = Revue du Barreau canadien* 79 (2000): 252-79.
150 Il y a une différence entre les relations et les obligations de fiduciaires. La relation entre la Couronne et les peuples autochtones est un rapport de fiduciaire *sui generis*, ce qui signifie que l'honneur de la Couronne est toujours en cause dans ses interactions avec les peuples autochtones. Dans certaines circonstances, les communautés autochtones peuvent avoir des motifs valides de croire que la Couronne agira exclusivement dans leur meilleur intérêt, en raison d'une obligation légale, d'une promesse faite unilatéralement ou d'une entente mutuelle. Il peut y avoir une obligation de fiduciaire en pareil cas. La violation d'une telle obligation entraîne des conséquences différentes au vu de la loi que le défaut de maintenir la relation fiduciaire. La Cour suprême du Canada a clarifié cette distinction dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245.
151 *Delgamuukw*, par. 186.
152 *Supra*, note 129.
153 *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55.
154 *Ibid.*, par. 60 à 67.
155 *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 141.

des ententes négociées dans le cadre de la Constitution canadienne. La *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale* énonce ce qui suit :

> La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources[181].

La politique fait la distinction entre trois catégories d'affaires. La première englobe notamment la création de structures de gouvernance, la langue, la culture et la religion, l'administration des lois autochtones et la gestion des ressources naturelles, soit une liste de sujets susceptibles de faire l'objet de négociations et de mener à la reconnaissance d'une compétence et d'un pouvoir de légiférer des peuples autochtones sur ces questions. La deuxième comprend des questions à l'égard desquelles les gouvernements autochtones pourraient se voir accorder des pouvoirs subordonnés à l'autorité du gouvernement fédéral ou provincial. La troisième concerne les questions à l'égard desquelles il est essentiel que le gouvernement fédéral conserve sa compétence législative[182].

En ce qui a trait à la question des savoirs traditionnels, il y a lieu de noter que la compétence en matière de propriété intellectuelle appartient à la troisième catégorie, et relève donc du gouvernement fédéral, alors que la culture autochtone se trouve dans la première catégorie. Ainsi, les gouvernements autochtones peuvent se voir reconnaître le pouvoir d'adopter des lois visant leur culture, mais non touchant la compétence du gouvernement fédéral en matière de propriété intellectuelle[183]. Il pourrait donc en résulter de stimulantes discussions sur les compétences législatives de chacun, discussions qui, étant donné la nature transnationale des questions touchant la propriété intellectuelle, pourraient en définitive intéresser le droit interne et le droit international, privé et public.

Même si les savoirs traditionnels ne sont pas nommément inclus dans les listes établis par la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, on peut présumer qu'ils sont étroitement liés à la « langue, culture et religion » des peuples autochtones, qui appartiennent à la première catégorie pour fins de négociations[184]. Il s'agit donc d'une des affaires que le gouvernement considère comme étant des « affaires internes du groupe, faisant partie intégrante de sa culture autochtone distincte et [l'un des] éléments essentiels pour lui permettre de fonctionner en tant que gouvernement ou institution »[185].

(iii) Droits individuels et collectifs

Les savoirs traditionnels étant considérés comme des biens collectifs plutôt qu'individuels, nous nous sommes surtout intéressés dans cette section aux droits collectifs – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones. Comme il est dit plus haut, le cadre juridique canadien relatif aux droits de la personne est traité dans le chapitre 1 de notre étude. Comme c'était le cas dans notre analyse portant sur le droit international et les « droits en matière de savoirs traditionnels », toutefois, il est important de noter qu'il pourrait y avoir des oppositions entre un droit quelconque des peuples autochtones à contrôler d'éventuels savoirs traditionnels existants et les droits individuels fondamentaux reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans le chapitre 1, nous avons relevé quelques-uns des droits garantis par la *Charte* qui pourraient être mis en cause dans le contexte de la biotechnologie. Deux de ces

[156] Les critères relatifs au titre aborigène et aux droits ancestraux sont semblables mais non identiques. Dans le cas du premier, pour établir l'existence de son titre sur un territoire, le groupe autochtone doit établir qu'il en avait l'usage exclusif au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Quant aux droits ancestraux, la date à retenir est celle du premier contact avec les Européens.

[157] *Delgamuukw*, *supra*, note 136.

[158] Borrows, *supra*, note 16.

droits sont « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et le droit à l'égalité reconnu à l'article 7 et à l'article 15, respectivement, de la *Charte*. On ignore si et comment ces droits pourraient être invoqués dans le cas, par exemple, d'un conflit entre le droit d'une communauté autochtone de protéger et de contrôler ses savoirs traditionnels et les droits d'un membre individuel de la communauté ou d'une personne non autochtone. Aux fins de la discussion, on pourrait songer à une situation où des individus pourraient vouloir tirer profit d'une connaissance que la communauté ne souhaite pas divulguer.

En supposant que la *Charte* s'applique à une telle situation[186] et que la communauté autochtone fonde son action sur un droit existant, ancestral ou issu de traité, la question de l'interprétation de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait être soulevée. L'article 25 concerne la relation entre les droits ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 et les droits individuels garantis par la *Charte*. Il se lit ainsi :

> Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :
>
> a. aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
>
> b. aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Les tribunaux n'ont pas encore statué de manière déterminante sur cette disposition, mais elle pourrait exercer une certaine fonction de protection ou d'équilibre dans la résolution des conflits qui pourraient survenir entre les droits des peuples autochtones et les droits individuels[187]. Nous y faisons allusion dans ce chapitre parce que nous croyons qu'il s'agit d'un élément important du cadre juridique canadien en matière de droits qui est susceptible de jouer un rôle de plus en plus grand dans les différends opposant les droits des peuples autochtones et les droits garantis par la *Charte*, particulièrement dans le cadre des nouvelles ententes sur l'autonomie gouvernementale qui seront négociées et mises en œuvre[188].

D. Résumé

Il n'y a pas encore de jurisprudence au Canada confirmant que les peuples autochtones dans leur ensemble, ou qu'un groupe autochtone en particulier, ont le droit de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la jurisprudence canadienne s'est développée de telle manière qu'une telle confirmation puisse être possible dans le deuxième cas – que les droits de certains groupes autochtones soient confirmés au cas par cas – plutôt que dans le premier – les droits de tous les peuples autochtones du Canada dans leur ensemble. Nous pouvons toutefois formuler quelques commentaires de nature générale qui peuvent fournir certaines orientations aux décideurs œuvrant dans le domaine de la biotechnologie.

Les tribunaux ont formulé un certain nombre de critères pour déterminer dans quelles circonstances, on peut affirmer l'existence de droits ancestraux et issus de traités bénéficiant de la protection offerte par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces critères sont axés sur les coutumes, pratiques et traditions d'un groupe autochtone qui marquent une continuité avec celles qui existaient avant le contact avec les Européens et qui font partie intégrante de sa culture distinctive. Bien que les affaires portées devant les tribunaux pour déterminer l'existence de droits ancestraux non éteints aient surtout traité jusqu'ici de questions comme le titre foncier ou le pouvoir d'un groupe de continuer à exercer une activité traditionnelle comme la chasse, la pêche ou le piégeage, il n'y a rien dans la jurisprudence qui indique que les questions

relatives au droit autochtone de posséder et de contrôler des savoirs traditionnels ne pourraient pas être soumises à l'attention des tribunaux. À l'heure actuelle toutefois, qu'un tel recours aboutisse à une réponse affirmative des tribunaux relève entièrement du domaine de la conjecture.

On peut dégager deux principes généraux de la discussion qui précède : (1) l'analyse des droits ancestraux et issus de traités en droit canadien ne porte pas sur des droits absolus, mais sur l'équilibre à atteindre entre des intérêts divergents dans le cadre de la Constitution et de la common law, et toujours dans le respect de la relation fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones; et (2) pour y parvenir, il vaut mieux souvent engager des négociations et des consultations contextuelles qui prennent en compte les intérêts de toutes les parties en cause que d'utiliser l'instrument grossier qu'est le recours aux tribunaux.

Bien qu'aucun tribunal canadien n'ait encore confirmé l'existence d'un droit autochtone de posséder et de contrôler des savoirs traditionnels, il est toujours bien avisé pour le gouvernement de vérifier si ses activités sont susceptibles de porter atteinte aux droits des peuples autochtones qui pourraient exister, ainsi qu'à ceux dont l'existence a déjà été établie par la jurisprudence, par une entente relative aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale, ou encore par un texte législatif. En procédant à des consultations, on parviendra bien souvent à éviter le recours inutile aux tribunaux, et à obtenir plutôt des résultats qui seront satisfaisants pour toutes les parties intéressées. Il est fort possible en effet que la consultation soit l'outil tout indiqué pour aborder les questions relatives à la biotechnologie qui concernent les peuples autochtones et leurs savoirs traditionnels, que ce soit à l'étape de l'élaboration des politiques en la matière, où des représentants autochtones pourraient être invités à apporter leur contribution en tant que parties intéressées, à l'étape de l'élaboration de la législation, ou encore au moment de définir des activités particulières. Que ces droits soient un jour confirmés par les tribunaux ou pas, la consultation des peuples autochtones en matière de savoirs traditionnels est clairement souhaitable.

Enfin, les décideurs dans le domaine de la biotechnologie doivent être sensibles au lien qui existe entre les questions de propriété et d'accès aux savoirs traditionnels et les dispositions qui peuvent exister en la matière dans les ententes relatives aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale.

7.5 Outils pour « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels

Le présent chapitre ne porte pas sur le cadre juridique ou politique relatif à la propriété intellectuelle et ne vise pas à distinguer ou à comparer toutes les options disponibles pour la protection des savoirs traditionnels ou à aborder les « droits » qui les concernent. Il est cependant utile de décrire quelques-uns des mécanismes disponibles. Dans cette section, nous laisserons donc temporairement de côté la discussion sur la question des droits.

Il existe une abondante documentation traitant des outils susceptibles d'être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels. Le recours aux lois relatives à la propriété

[159] C. Bell et R. Paterson, "Aboriginal Rights to Cultural Property in Canada", 3(1) Int'l J. Cultural Property, 167 (1999). Bell et Patterson dirigent un projet sur le patrimoine culturel autochtone financé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Le programme de recherche est décrit ainsi sur le site Web du projet : [Traduction] « Le projet de recherche [...] consistera à examiner la législation canadienne ayant un impact sur la possession et la protection du patrimoine culturel autochtone dans le but de proposer des stratégies de réforme. La recherche a quatre principaux objectifs : diffuser de l'information au sujet du cadre juridique en place; faciliter une compréhension et le respect des concepts et des lois des Premières nations en matière de patrimoine culturel; aider les Premières nations et leurs partenaires communautaires à se doter de ressources archivistiques et éducatives sur les lois autochtones et le patrimoine culturel; procéder à une analyse critique des lois canadiennes et formuler des recommandations de réforme. Pour plus de renseignements sur le projet, consultez : http://www.law.ualberta.ca/research/aboriginalculturalheritage/index.htm, consulté la dernière fois le 25 mars 2004.

[160] *Ibid.*, p. 182.

[161] *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 140. Dans l'arrêt *R. c. Powley* [2003] 2 R.C.S. 207, la Cour suprême du Canada a appliqué une analyse fondée sur l'existence de droits ancestraux à la question de savoir si les Métis bénéficiaient des mêmes droits, ce qui l'a obligé à nuancer le critère établi précédemment.

[162] *Bande Kitkatla Band c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146. Les « arbres modifiés pour des raisons culturelles » sont des arbres qui « ont été modifiés par suite de l'utilisation traditionnelle que des peuples autochtones en ont fait, et ils revêtent une importance culturelle, historique et scientifique pour » les Premières nations qui les ont ainsi modifiés (par. 1).

[163] *Ibid.*, par. 78. Pour une discussion antérieure à cette décision de la Cour suprême, voir C. Bell, "Protecting Indigenous Heritage Ressources in Canada: A Comment on Kitkatla v. British Columbia", 10(2) Int'l J. Cultural Property 246 (2001).

[164] Christie, *supra*, note 29, par. 74.

[165] *Ibid.*, par. 75.

[166] *Ibid.*, par. 79 à 80.

intellectuelle ou à des lois et des politiques *sui generis* portant spécifiquement sur les connaissances des Autochtones fait présentement l'objet des travaux de l'OMPI et a été discuté par de nombreux commentateurs[189]. D'autres travaux sur le sujet seront réalisés par le Groupe de travail de la CDB sur l'article 8j)[190].

Pendant ce temps, certains pays sont à élaborer des politiques relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages liés à leur utilisation qui devront tenir compte des intérêts des peuples autochtones (le Canada et la Nouvelle-Zélande, par exemple), ou ont déjà terminé le processus (l'Australie)[191]. D'autres pays ont légiféré sur la protection des savoirs traditionnels[192] ou, comme au Canada, sur l'utilisation des savoirs traditionnels dans des textes réglementant les évaluations environnementales et la prise de décisions touchant l'utilisation des terres[193]. Des communautés autochtones ont aussi élaboré des lignes directrices sur les meilleures façons d'utiliser leurs savoirs traditionnels, sous réserve de leur consentement éclairé préalable, dont peuvent s'inspirer les autorités compétentes[194]. En outre, l'OMPI, de même que différents commentateurs canadiens[195], a entrepris d'examiner comment il serait possible de respecter les pratiques et les lois coutumières autochtones en matière d'accès et d'utilisation des savoirs traditionnels.

Il existe donc une abondance de sources dans lesquelles on peut puiser des idées sur la manière de traiter les questions relatives à l'accès ou à l'utilisation des savoirs traditionnels. L'existence de ces sources confirme qu'il est de plus en plus admis que les intérêts des peuples autochtones à l'égard de leurs savoirs traditionnels doivent être respectés et que des mesures doivent être prises pour favoriser le partage avec eux des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs, principes qui reflètent ceux que l'on trouve à l'article 8j) de la CDB.

Plusieurs des mécanismes pouvant aider les peuples autochtones à exercer un contrôle sur leurs savoirs traditionnels comportent d'importantes lacunes. Comme il a déjà été mentionné, les outils qui existent pour protéger la propriété intellectuelle peuvent parfois servir à protéger les savoirs traditionnels, mais leur utilité est très limitée, notamment parce qu'ils peuvent être beaucoup trop coûteux, parce que les savoirs traditionnels sont souvent accessibles au public et parce que les peuples autochtones en revendiquent la propriété depuis des temps immémoriaux et n'ont pas un intérêt limité dans le temps à leur égard. La communauté internationale semble disposée à chercher plus activement des solutions à ces problèmes, ce qui aura des conséquences pour les législateurs et les décideurs canadiens. De plus, le simple fait de mentionner les savoirs traditionnels dans certains textes législatifs sans tenir compte des droits qui sont en cause peut poser problème. Par exemple, si on fait appel aux savoirs traditionnels à des fins d'évaluation environnementale au Canada, ceux-ci pourraient devenir accessibles au public en application de la *Loi sur l'accès à l'information*[196].

On peut aussi se demander s'il est justifié d'exiger qu'un groupe autochtone divulgue ses savoirs traditionnels, ce qui semble être le cas, par exemple, dans certaines ententes sur les revendications territoriales décrites plus haut, même si une telle obligation se trouve dans un accord négocié avec le consentement de toutes les parties à l'accord. Enfin, il est peut-être insuffisant de laisser aux peuples autochtones seuls le soin de contrôler eux-mêmes l'accès à leurs savoirs traditionnels en signant des « contrats » avec des chercheurs ou d'autres. S'il est vrai que des droits fondamentaux sont en cause lorsqu'il s'agit des savoirs traditionnels, il se peut que des mesures de protection additionnelles soient nécessaires faisant appel

[167] Pour une discussion sur cette exigence d'exclusivité, voir *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 155 à 159. Au par. 155, le juge en chef Lamer affirme : « Enfin, il faut que l'occupation ait été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, que j'ai défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper *de façon exclusive* les terres visées. L'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la communauté autochtone qui possède la capacité d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. » Plus loin, au par. 157, il ajoute : « La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. »

[168] Christie, *supra*, note 29, par. 93.

[169] *Ibid.*

à des mécanismes d'exécution de la loi par l'État en cas d'appropriation illicite.

L'énumération des outils permettant de « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels en tenant compte des droits fondamentaux qui y sont rattachés soulève encore une fois la question de l'équilibre mentionnée au début du chapitre. Chercher un juste équilibre en vue de concilier les intérêts des peuples autochtones, d'une part, et d'autres considérations d'intérêt public touchant la diffusion et l'utilisation généralisées de toutes les sources de connaissance comportant des avantages pour la société, d'autre part, voilà qui est au centre de la discussion au sujet des liens entre la biotechnologie et les savoirs traditionnels. Selon Borrows, les lois et les pratiques coutumières des peuples autochtones relatives à l'utilisation des savoirs traditionnels pourraient utilement servir de source d'inspiration pour entreprendre cette réconciliation[197].

La relation entre les règles et les lois coutumières d'une part et l'accès aux savoirs traditionnels d'autre part fait l'objet de débats à l'échelle internationale[198]. De nombreux pays ont de l'expérience en matière d'intégration du droit autochtone au droit de type occidental[199]. En fait, le droit autochtone en matière de propriété foncière a joué un rôle important dans la récente décision de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud concernant les droits fondamentaux des Autochtones[200]. Dans le contexte canadien, Mark Walters a suggéré que [TRADUCTION] « le défi qu'il y a à définir les droits des peuples autochtones vient du
fait qu'il s'agit de droits spécifiques à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement différentes; on pourra donc toujours se demander laquelle de ces cultures fournit la position la plus avantageuse pour définir les droits [...] une définition moralement et politiquement acceptable des droits s'appuiera sur les deux perspectives »[201]. Par rapport à cette notion, le juge en chef Lamer a déclaré que dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral,

> [...] le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit [...] Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien[202].

Les pressions en vue de trouver le moyen d'incorporer les lois et pratiques coutumières dans le droit canadien iront sans doute s'accentuant avec le temps, surtout si la discussion s'étend à l'intégration des lois adoptées par des communautés autochtones bénéficiant de l'autonomie gouvernementale. À cet égard, il pourrait

---

170 *Indigenous Flora and Fauna & Maoris Intellectual Property Claim, Wai 262*. La cause est devant le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande, une commission d'enquête mise sur pied en 1975 par la *Treaty of Waitangi Act* pour examiner les plaintes formulées par les Maoris fondées sur le traité, qui a été signé par les Maoris et les représentants de la Couronne britannique en 1840. Le tribunal en est à rédiger un exposé des questions en litige, selon ce qu'on peut lire sur le site Web du tribunal. (Voir http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/inquiries/current', consulté la dernière fois le 1er avril 2004) En bref, les demandeurs donnent en exemple les rivières qui se jettent dans Hawkes Bay — où les activités agricoles ont progressivement eu pour effet d'abaisser le niveau de la nappe phréatique — pour expliquer la perte de leurs connaissances et de leur identité. La rivière est un habitat pour les poissons et les anguilles. Lorsque la rivière est en crue, ses eaux alimentent les plantes qui poussent sur les rives. L'altération de la rivière affecte les connaissances liées à l'habitat. Si les anguilles meurent, la connaissance des techniques et des lieux de pêche se perd. Si le lin qui pousse sur les berges disparaît, les techniques de tissage ne peuvent plus être transmises. Les demandeurs plaident que le tout porte atteinte à l'identité de leur peuple. La plainte porte aussi sur la législation et ses effets sur la façon dont les Maoris interagissent avec la société, et sur les atteintes portées à leurs traditions par ces lois — comme la *Tohunga Suppression Act* de 1907 qui a interdit aux guérisseurs traditionnels de pratiquer leur art. Les demandeurs font valoir qu'il en est résulté une perte de leurs connaissances médicales traditionnelles.

171 *Bulun Bulun & Anor v. R & T Textiles Pty Ltd.* [1998] 1082 FCA (3 septembre 1998). Une autre affaire australienne qui est intéressante est l'affaire *Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd.*, (1994) 54 FCR 240, qui a établi qu'on pouvait invoquer le droit coutumier aborigène pour fixer le montant des dommages-intérêts dans le cas d'une violation du droit de propriété intellectuelle. Pour une brève discussion sur le sujet, voir M. Blakeney, "Protecting Expressions of Aboriginal Folklore under Copyright Law," 1995, à l'adresse http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v2n1/blakeney21.html, consulté la dernière fois le 4 mars 2004.

172 Le concept de titre aborigène communautaire en droit australien est discuté dans *Mabo v. The State of Queensland* [No.2] (1992) 175 C.L.R. 1.

173 *Bulun Bulun*, *supra*, note 171, par. 21.

être préférable de parler de « lois autochtones » plutôt que de « lois coutumières ».

Comme les lois et les pratiques coutumières des peuples autochtones sont très diverses, il est très difficile de savoir dans quelle mesure elles permettent de dégager des principes utiles pour nous aider à atteindre un juste équilibre entre les intérêts des peuples autochtones à l'égard de leurs savoirs traditionnels et d'autres considérations d'intérêt public. Par contre, il y a une conséquence plus modeste mais très importante que l'on peut tirer de la suggestion de Borrows et qui peut nous servir de point de départ : dans le domaine des savoirs traditionnels, il est crucial d'avoir une meilleure compréhension des intérêts et des points de vue des peuples autochtones. Pour y parvenir, il faut leur donner l'occasion de participer au processus d'élaboration des politiques en la matière et d'exprimer leurs points de vue concernant les outils mis au point pour protéger leurs intérêts.

7.6 Conclusion

L'industrie de la biotechnologie et les gouvernements qui la soutiennent partagent avec les peuples autochtones un intérêt à l'égard des ressources biologiques et des savoirs traditionnels applicables à leur utilisation, ce qui à la fois pose des défis et offre bien des possibilités. Une réponse satisfaisante à ce dilemme sera sans doute de permettre l'utilisation de ces ressources et connaissances à l'avantage de tous, tout en reconnaissant que les intérêts des peuples autochtones à leur égard doivent être respectés. La société dans son ensemble a intérêt à soutenir le développement économique, culturel, social et politique de peuples autochtones. Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour justifier cette assertion, mais elle trouve son assise la plus solide dans l'affirmation des droits fondamentaux.

Nous avons vu dans ce chapitre que ni le droit international ni le droit canadien ne reconnaît encore un droit spécifique aux peuples autochtones de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels. Cependant, un tel droit, ou quelque chose d'apparenté, pourrait commencer à prendre forme à l'échelle internationale en raison des efforts soutenus visant à prendre en compte les intérêts des peuples autochtones dans différents forums comme la CDB, l'OMPI ou le Groupe de travail sur le Projet de déclaration. Il pourrait également s'exprimer en droit canadien par le biais des négociations et des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales.

---

174 *Ibid.*, par. 29.

175 Macklem P. et E. Morgan, "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in Awas Tingni v. Republic of Nicaragua", 22 *Human Rights Quarterly* 569 (2000).

Gouvernement du Canada | Government of Canada

LE MEILLEUR DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

Conclusion et Glossaire

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
http://biotech.gc.ca

Conclusion

Le présent projet a pour but d'examiner certaines applications de la biotechnologie dans le contexte des droits de la personne et de cerner toute lacune dans la protection de ces droits. La biotechnologie, la jurisprudence et la législation ont été examiné es à un moment donné dans le temps. Mais la biotechnologie progresse à un tel rythme que depuis la rédaction du document, des percées importantes peuvent être survenues et ne pas avoir été prises en compte dans les chapitres.

Dans bien des cas, les auteurs ont tenté d'entrevoir l'avenir et d'émettre des hypothèses quant aux situations qui pourraient se produire par suite des progrès réalisés en biotechnologie. Bon nombre de questions nouvelles ont ainsi été soulevées et il était difficile de déterminer comment les tribunaux réagiraient. L'objectif au départ était de concevoir un cadre sur les droits de la personne en matière de biotechnologie. Il est devenu bientôt apparent qu'un seul cadre ne pouvait englober les diverses applications de la biotechnologie et l'éventail des questions soulevées relativement aux droits de la personne.

L'application de la biotechnologie présente souvent des dilemmes moraux et éthiques et crée de nouveaux enjeux sur le plan juridique. Les instruments relatifs aux droits humains des Nations Unies (« ONU ») sont d'une utilité limitée. Il n'y a rien là d'étonnant compte tenu des difficultés d'obtenir un consensus à l'échelle internationale en ce qui concerne de nombreuses questions liées aux droits humains que soulève la biotechnologie. Les traités de l'ONU ne fournissent que des indications minimales de base pour ce qui est de la protection des droits dans ce domaine. Bon nombre des questions soulevées par la biotechnologie sont multidimensionnelles et chargées de valeur et il serait donc extrêmement ardu pour les états de s'entendre sur la formulation d'un traité international portant sur ces questions. Les tribunaux peuvent trouver plus utile de consulter les déclarations de l'UNESCO qui, bien qu'elles n'aient pas de force exécutoire, présentent des recommandations plus concrètes pour régler ces questions.

Au Canada, la *Charte* protège les droits et libertés en cas d'ingérence ou d'intervention du gouvernement. Les droits de la *Charte* les plus souvent mis en jeu dans le domaine des techniques de procréation assistée seraient ceux énoncé s à l'article 7. L'absence de jurisprudence dans ce domaine ne facilitera pas le travail des tribunaux. En outre, le statut de l'embryon in vitro et la question de savoir si ce dernier possède des droits n'ont pas encore été tranchés par les tribunaux. Les enjeux décrits au chapitre 7 concernant les peuples autochtones et leurs droits possibles de protéger et d'utiliser leur savoir traditionnel n'ont pas encore été soumis à l'attention des tribunaux au Canada. Ces derniers peuvent être obligés de trouver de nouvelles solutions à ces problèmes difficiles.

Il faut toujours beaucoup de temps pour obtenir l'avis des tribunaux et cette approche est souvent insatisfaisante. Les lacunes mises au jour lors de la révision et de l'analyse d'une question peuvent être résolues le plus efficacement par divers mécanismes, allant de dispositions législatives à des règlements et à des codes de pratique, plutôt que par des modifications apportées à des lois sur les droits de la personne. Le Canada devrait déterminer s'il doit s'attaquer de façon proactive à ces

lacunes dans la protection des droits de la personne en adoptant des mécanismes adéquats ou s'il doit attendre que les tribunaux tranchent.

Les applications de la biotechnologie n'ont pas toutes été examinées. Par exemple, la création d'aliments transgéniques, la nanotechnologie et les produits pharmacogénétiques n'ont pas été étudiés. Cela ne signifie pas que ces questions ne sont pas importantes et ne devraient pas faire l'objet de travaux futurs. Ces technologies soulèvent probablement des questions éthiques et juridiques nouvelles ainsi que des questions liées aux droits de la personne, qu'il faut examiner. De plus, nous n'avons pas passéen revue toutes les applications de la procréation assistée. Les questions relatives à la maternité de substitution de même que d'autres questions liées à l'application de techniques de procréation assistée n'ont pas été abordées. Citons par exemple les questions suivantes : Les enfants sont-ils en droit d'avoir deux parents biologiques de sexe opposé? L'enfant a-t-il le droit d'avoir une origine génétique « normale » ou « naturelle »? Les parents ont-ils le droit d'avoir un enfant con?u à partir de leur propre matériel génétique, même s'il faut pour cela utiliser du matériel génétique de trois parents biologiques?

Une importante question concernant les droits des Autochtones et le savoir traditionnel n'a pas été explorée : en effet, les communautés autochtones sont parfois considérées comme une bonne source d'approvisionnement en matières premières pour la recherche en génétique humaine vu qu'elles représentent souvent un pool génétique homogène. Les peuples autochtones ont dit craindre d'être la cible de discrimination durant une recherche ou par la suite. Ils redoutent que les résultats d'une telle recherche puissent être utilisés pour déterminer qui est membre d'une communauté autochtone donnée.

Le présent projet a débuté par l'examen de questions très personnelles et privées liées aux droits de la personne qui peuvent se poser dans le domaine de la procréation assistée et il s'est terminé par l'examen de questions de nature « collective ». De toute évidence, un cadre sur les droits de la personne n'est pas toujours la meilleure solution pour régler les problèmes d'application de la biotechnologie. Les documents rédigés dans le cadre du projet illustrent, cependant, que certaines applications de la biotechnologie soulèvent des questions liées aux droits de la personne qui pourraient être réglées par des modifications législatives ou des règlements. La protection des droits individuels et de l'intérêt collectif aiderait à s'assurer que la société dans son ensemble continue de retirer les bienfaits d'un progrès scientifique responsable.

Glossaire

A

ADPC
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Organisation mondiale du commerce

azoospermie
Absence de spermatozoïdes vivants dans le sperme.

B

blastocyste
Stade précoce avant la nidation où l'embryon est constitué d'une enveloppe cellulaire interne et externe entourant une cavité centrale remplie de liquide. Les cellules superficielles donneront naissance aux tissus extra-embryonnaires, et la masse cellulaire interne deviendra le fœtus.

blastomère
Une des cellules résultant de la segmentation de l'ovule fécondé.

BRCA1, gène
Gène suppresseur de tumeur situé sur le chromosome 17 au locus 17q21, qui a été isolé en 1994. Il code pour la protéine p53, qui empêche les cellules dont l'ADN est défectueux de se diviser; les porteuses de mutations germinales du gène BRCA1 sont prédisposées au cancer du sein et de l'ovaire.

BRCA2, gène
Gène suppresseur de tumeur identifié en 1995 et situé sur le chromosome 13 au locus 13q12-q13; très grand gène qui code pour une protéine de 3418 acides aminés; les porteuses de mutations germinales du gène BRCA2 courent un plus grand risque de développer un cancer du sein et un risque modérément élevé de souffrir d'un cancer de l'ovaire; les familles porteuses du gène BRCA2 présentent également une surincidence du cancer du sein, du cancer du pancréas, du cancer de la prostate, du larynx et des yeux chez les hommes.

C

CBE
Convention sur le brevet européen

CDB
Convention sur la diversité biologique

CDE
Convention relative aux droits de l'enfant

CEDAW
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

cellule germinale
Cellule sexuelle – ovule ou spermatozoïde.

cellule pluripotente
Cellule primordiale qui peut encore se différencier dans différents types spécialisés d'éléments tissulaires.

cellule somatique
Toute autre cellule de l'organisme que les cellules germinales.

cellule souche
1. Toute cellule précurseur.

2. Cellule dont les cellules filles peuvent se différencier dans d'autres types de cellules.

cellule totipotente
Cellule non différenciée capable de se transformer en tout type de cellule.

CERD
Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

CIDH
Commission interaméricaine des droits de l'homme

clonage
1. Développement in vitro d'une colonie de cellules ou d'organismes identiques du point de vue génétique.

2. Transplantation d'un noyau d'une cellule somatique dans un ovule, qui se transforme ensuite en embryon; de nombreux embryons identiques peuvent aussi être produits par reproduction asexuée.

CNUCED
Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

D

DPI
Diagnostic préimplantatoire. Diagnostic génétique pratiqué sur l'embryon in vitro.

DUDH
Déclaration universelle des droits de l'homme

E

embryon
Chez les humains, stade de développement qui s'étend de la conception jusqu'à environ la fin du deuxième mois de la grossesse; après ce stade jusqu'à la naissance, l'embryon est appelé fœtus.

eugénisme
1. Pratiques et politiques, entre autres de sélection des partenaires ou de stérilisation, qui visent à améliorer les qualités innées de la descendance et du patrimoine héréditaire des êtres humains.

2. Pratiques et counselling génétique visant à prévoir les anomalies et maladies génétiques.

F

fécondation in vitro (FIV)
Processus qui consiste à placer des ovules (habituellement plusieurs) dans un milieu dans lequel on ajoute des spermatozoïdes en vue de la fécondation; les zygotes ainsi produits sont introduits dans l'utérus, où ils se développent jusqu'à la fin de la grossesse.

fœtus
Produit de la conception après le deuxième mois de grossesse jusqu'à la naissance.

G

gamète
Cellule reproductrice sexuée mature possédant un seul jeu de chromosomes non appariés.

gène
Unité fonctionnelle de l'hérédité qui occupe un lieu précis sur un chromosome, qui est capable de se reproduire exactement lors de chaque division cellulaire et qui dirige la formation d'une enzyme ou d'autres protéines. Cette unité fonctionnelle comprend un segment discret d'une molécule d'ADN géante contenant les bases puriques (adénine et guanine) et pyrimidiques (cytosine et thymine) dans l'ordre correct pour coder la séquence d'acides aminés de l'ARN messager formée sur le chromosome, le gène faisant fonction de matrice.

I

ICESCR
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

IGC
Comité intergouvernemental sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore

in vitro
Dans un environnement artificiel; renvoie à un processus ou une réaction qui survient dans ce milieu, p. ex. dans une éprouvette ou un milieu de culture.

injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde (IICS)
Intervention qui consiste à injecter un seul spermatozoïde dans l'ovule durant la fécondation in vitro.

insémination artificielle (IA)
Introduction de sperme dans la vagin autrement que par le coït.

insémination par donneur (ID)
Insémination artificielle où le sperme provient d'un donneur autre que le mari de la femme. Au nombre des indications médicales de l'insémination par donneur figurent l'azoospermie, l'oligospermie ou la présence d'une maladie génétique portée par les spermatozoïdes du partenaire masculin.

L

LPRPDE
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques

N

nidation
Fixation de l'ovule fécondé (blastocyste) sur la muqueuse utérine (endomètre) et son incrustation dans cette muqueuse, qui surviennent 6 ou 7 jours après la fécondation de l'ovule chez les humains.

O

OEA
Organisation des États américains

OEB
Office européen des brevets

OIT
Organisation internationale du Travail

Oligospermie
Concentration insuffisante de spermatozoïdes dans l'éjaculat.

OMPI
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

OMS
Organisation mondiale de la santé

OMT
Organisation mondiale du commerce

P

PA
Procréation assistée

parthénogenèses
Forme de reproduction non sexuée où les ovules sont soumis à un choc électrique ou à un traitement chimique qui déclenche la division cellulaire et le développement embryonnaire.

PIRDCB
Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Projet du génome humain
Effort mondial de collaboration scientifique reposant sur un certain nombre de programmes nationaux et internationaux qui ont débuté au milieu des années 80 et qui ont pour objectif de cartographier et de séquencer tout le génome humain

S

SERHE
Société européenne de reproduction humaine et d'embryologie

ST
Savoir traditionnel

stérilisation
Acte ou processus qui rend un individu infertile ou incapable de procréer.

T

transfert de noyaux de cellules somatiques
Processus qui consiste à enlever le noyau d'un ovule humain et de le remplacer par le noyau d'une cellule d'un donneur. L'ovule est artificiellement stimulé et commence à se développer dans un embryon in vitro.

transfert intratubaire de gamètes (GIFT)
Méthode de traitement de l'infertilité qui consiste à prélever des ovules des ovaires d'une femme, à les combiner en laboratoire avec les spermatozoïdes de son partenaire ou d'un donneur et à placer les ovules et les spermatozoïdes ensemble dans l'une des trompes de Fallope de la femme, où la fécondation peut se produire.

U

UNESCO
Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

Z

zygote
Cellule diploïde résultant de la fécondation d'un ovocyte avec un spermatozoïde.